HERBERT L. A. HART
Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ



ABELEDO-PERROT
BUENOS AIRES

Título del original
THE CONCEPT OF LAW
Oxford University Press, 1961

La presente traducción de The Concept of Law
se publica en virtud de un acuerdo con
The Clarendon Press Oxford

Lavalle 1280 -- 1048 - Buenos Aires -- Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-0089-7

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

A. J. H.

D A LA EDICION CASTE...

...lo que me puesto en la tra... m.

H. L. A. Hart

...de 1963

089-7

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

PREFACIO A LA EDICION CASTELLANA

Constituye una satisfacción muy grande para mí el hecho de que mi libro The Concept of Law *esté ahora al alcance de los lectores de habla española, y en una traducción que, según mi modo de ver, reúne todo lo que debe ser una traducción. Lamento no poder escribir en español, pero puedo leerlo lo suficientemente bien como para darme cuenta de que el Dr. Genaro R. Carrió ha cumplido su tarea con rara destreza y gran comprensión. Ha superado algunos obstáculos muy serios. La terminología del derecho y de la filosofía jurídica ingleses contiene muchas expresiones que carecen de equivalentes simples en español; porque las palabras de cada uno de esos idiomas están con frecuencia cargadas de una teoría jurídica extraña al otro y llevan en sí implicaciones diferentes. Por añadidura, al escribir mi libro creí necesario, para destacar aspectos del derecho previamente desatendidos, inventar o usar expresiones que no son familiares ni siquiera para los juristas ingleses. Nada de esto, empero, ha impedido que el Dr. Carrió comprendiera lo que quise decir, por lo menos tan bien como lo comprendo yo. Le agradezco la laboriosidad y el cuidado que ha puesto en la traducción.*

H. L. A. HART

Oxford, marzo de 1963.

PREFACIO A LA EDICION INGLESA

En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados. Si bien está primariamente dirigido al estudioso de la teoría jurídica, espero que sea también útil a aquellos que se interesan principalmente en la filosofía moral o política o en la sociología, más que en el derecho. El jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica (analytical jurisprudence*), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica. Además, en muchos puntos he planteado problemas que bien puede decirse que versan sobre el significado de términos. Así, por ejemplo, he considerado cómo "verse obligado" difiere de "tener una obligación"; cómo el enunciado de que una regla es una norma jurídica válida difiere de una predicción de la conducta de los funcionarios; qué es lo que quiere decir la aserción de que un grupo social observa una regla y cómo difiere de la aserción de que sus miembros hacen habitualmente ciertas cosas y cómo se asemeja a ella. Ciertamente, uno de los temas centrales del libro es que ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciados, que he denominado "internos" y "externos" y que pueden ser formulados dondequiera se observan reglas sociales.*

A pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva; porque la sugestión de que las investigaciones sobre los significados

de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa. Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa. En este campo de estudio es particularmente verdad, como decía el Profesor J. L. Austin, que podemos usar "una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos".

Es obvio que tengo una enorme deuda frente a otros autores; en verdad buena parte del libro se ocupa de las deficiencias de un modelo simple de sistema jurídico, construido según las líneas de la teoría imperativa de Austin. Pero en el texto el lector encontrará muy pocas referencias a otros autores y muy pocas notas de pie de página. En lugar de ello hallará, al final del libro, notas extensas para ser leídas después de cada capítulo; allí se relacionan las opiniones expresadas en el texto con las de mis predecesores y mis contemporáneos, y se formulan sugestiones sobre las maneras en que se puede proseguir el razonamiento en los trabajos de ellos. He adoptado este criterio, en parte porque la línea de argumento del libro es continua, y su continuidad quedaría interrumpida por la comparación con otras teorías. Pero también he tenido en mira un propósito pedagógico: confío en que esta estructura puede desalentar la creencia de que un libro de teoría general del derecho es, por sobre todo, una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros. Mientras esta creencia persista entre los autores, poco progresará nuestra disciplina, y mientras persista entre los lectores, el valor educativo de aquélla seguirá siendo muy escaso.

He sido deudor durante demasiado tiempo de demasiados amigos para ser capaz ahora de señalar todas mis obligaciones. Pero tengo que reconocer una deuda especial frente a A. M. Honoré, cuya crítica detallada puso de manifiesto muchas confusiones de pensamiento e ineptitudes de estilo. He tratado de eliminarlas, pero temo que ha quedado mucho que él no aprobaría. A conversaciones con G. A. Paul debo lo que pueda haber de

valor en la filosofía política de este libro y en la interpretación del derecho natural que en él hago; tengo que agradecerle también el haber leído las pruebas. Me siento también muy agradecido a Rupert Cross y P. F. Strawson, que leyeron el texto, por su beneficioso consejo y crítica.

H. L. A. HART

Oxford, febrero de 1961.

INDICE GENERAL

CAPÍTULO I

PREGUNTAS PERSISTENTES

1. PERPLEJIDADES DE LA TEORIA JURIDICA

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta "¿qué es derecho?". Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medioeval acerca de la "naturaleza" del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas "¿qué es química?" o "¿qué es medicina?", como la hay para responder a la pregunta "¿qué es derecho?". Unas pocas líneas en la primera página de un manual elemental es todo cuanto debe considerar el estudiante de aquellas ciencias; y las respuestas que se le dan son de un tipo muy diferente al de las que recibe el estudiante de derecho. Nadie ha pensado que es esclarecedor o importante insistir en que la medicina es "lo que los médicos hacen respecto de las enfermedades", o "una predicción de lo que los médicos harán", o declarar que lo que comúnmente es reconocido como una parte característica, central, de la química, por ejemplo, el estudio de los ácidos, no es en realidad parte de ella. Sin embargo, en el caso del derecho, se han dicho con frecuencia cosas que a primera vista parecen tan extrañas como ésas, y no sólo se las ha dicho sino que se ha insistido en ellas con elocuencia y pasión, como si fueran revelaciones de verdades sobre el derecho, oscu-

recidas desde tiempo atrás por representaciones groseramente falsas de su naturaleza esencial.

"Lo que los funcionarios hacen respecto de las disputas es... el derecho mismo"[1]; "Las profecías de lo que los tribunales harán... es lo que entiendo por derecho";[2] "Las leyes son fuentes de derecho... no partes del derecho mismo";[3] "El derecho constitucional no es otra cosa que moral positiva";[4] "No se debe robar; si alguien roba deberá ser castigado.... Si existe, la primera norma está contenida en la segunda, que es la única norma genuina.... El derecho es la norma primaria que establece la sanción"[5].

Estas son sólo unas pocas de las numerosas afirmaciones y negaciones sobre la naturaleza del derecho que, por lo menos a primera vista, se presentan como extrañas y paradójicas. Algunas de ellas parecen hallarse en conflicto con las creencias más firmemente arraigadas y ser fácilmente refutables; es así que estamos tentados de contestar: "Por supuesto que las leyes *son* derecho, al menos un tipo de derecho aunque hay otros"; "Seguro que derecho no puede significar simplemente lo que los funcionarios hacen o lo que los tribunales harán, puesto que es menester una norma de derecho para que alguien sea funcionario o juez".

Sin embargo, estas expresiones aparentemente paradójicas no fueron formuladas por visionarios o por filósofos interesados profesionalmente en poner en duda los veredictos más elementales del sentido común. Ellas son el resultado de una prolongada reflexión sobre el derecho, llevada a cabo por hombres que han sido primordialmente juristas, dedicados profesionalmente a la enseñanza o a la práctica de aquél, y en algunos casos, a su aplicación como jueces. Además, lo que ellos dijeron sobre el derecho realmente incrementó, en su tiempo y lugar, nuestra comprensión del mismo. Porque, entendidos en su contexto, tales

[1] Llewellyn, *The Bramble Bush* (2a. ed., 1951), p. 9.
[2] O. W. Holmes, "The Path of the Law", en *Collected Papers* (1920), p. 173.
[3] J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1902), s. 276.
[4] Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Conferencia VI (ed. 1954, p. 259).
[5] Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949), p. 61.

enunciados son *a la vez* esclarecedores y desconcertantes: se parecen más a gruesas exageraciones de algunas verdades sobre el derecho, indebidamente desatendidas, que a definiciones frías. Arrojan una luz que nos hace ver mucho que permanecía oculto en el derecho; pero la luz es tan brillante que nos ciega respecto del resto y seguimos así sin una visión clara del conjunto.

Este interminable debate teorético en los libros, contrasta extrañamente con la capacidad de la mayoría de los hombres para citar ejemplos de derecho, con facilidad y confianza, si se les pide que lo hagan. Pocos ingleses ignoran que hay normas de derecho que prohiben el homicidio, otras que obligan a pagar el impuesto a los réditos, otras que especifican qué es lo que hay que hacer para otorgar un testamento válido. Virtualmente todos, salvo el niño o el extranjero que se encuentra con la palabra inglesa "law" por vez primera, podrían multiplicar fácilmente tales ejemplos, y la mayoría de la gente podría hacer algo más. Podrían describir, por lo menos en esquema, cómo se determina si algo es derecho en Inglaterra; saben que hay expertos a quienes consultar, y tribunales que tienen la última palabra, revestida de autoridad, sobre tales cuestiones. Generalmente se sabe mucho más que esto. La mayoría de la gente educada tiene la idea de que las reglas de derecho de Inglaterra forman algún tipo de sistema, y que en Francia o en los Estados Unidos o en Rusia, y, por cierto, en casi todas las partes del mundo que son concebidas como un "país" independiente, hay sistemas jurídicos que son, en líneas generales, similares en estructura, a pesar de sus importantes diferencias. Sin duda que una educación habría fracasado seriamente si no informara sobre estos hechos, y no pensaríamos que es un signo de gran sutileza si quienes los conocen pueden decirnos también cuáles son los puntos importantes de semejanza entre los diferentes sistemas jurídicos. Podríamos esperar de todo hombre culto que fuera capaz de identificar estas características destacadas, en una forma esquemática del tipo siguiente. Ellas comprenden (i) reglas que prohiben o hacen obligatorios ciertos tipos de conducta bajo amenaza de aplicar una pena; (ii) reglas que exigen que indemnicemos a quienes hemos dañado de

ciertas maneras; (iii) reglas que especifican qué es lo que tenemos que hacer para otorgar testamentos y celebrar contratos u otros acuerdos que confieren derechos y crean obligaciones; (iv) tribunales que determinan cuáles son las reglas y cuándo han sido transgredidas, y que fijan el castigo a aplicar o la compensación a pagar; (v) una legislatura que hace nuevas reglas y deroga las anteriores.

Si todo esto es de conocimiento común, ¿cómo es que la pregunta "¿qué es derecho?" ha persistido y ha recibido respuestas tan variadas y extraordinarias? ¿Es porque, además de los casos típicos claros, constituidos por los sistemas jurídicos de los estados modernos, que nadie en su sano juicio dudaría que son sistemas jurídicos, existen también casos dudosos, acerca de cuya "calidad jurídica" no sólo vacilan los hombres cultos comunes, sino también los juristas? El derecho primitivo y el derecho internacional son los más importantes de tales casos dudosos, y es patente que muchos entienden que hay razones, aunque por lo común no concluyentes, para considerar que es impropio extender el presente uso convencional de la palabra "derecho" a estos casos. Por cierto que la existencia de tales casos cuestionables o discutibles ha dado origen a una controversia prolongada y de alguna manera estéril, pero es patente que esos casos no pueden explicar las perplejidades sobre la naturaleza general del derecho, expresadas por la persistente pregunta "¿qué es derecho?" Que ésta no puede ser la raíz de las dificultades, parece manifiesto por dos razones.

Primero, es completamente obvio por qué se vacila en los referidos casos. El derecho internacional carece de legislatura, los estados no pueden ser llevados ante los tribunales internacionales sin su previo consentimiento, y no existe un sistema centralmente organizado y efectivo de sanciones. Ciertos tipos de derecho primitivo, incluso aquellos a partir de los cuales pueden haber ido evolucionando en forma gradual algunos sistemas jurídicos contemporáneos, presentan características similares a las señaladas, y es perfectamente claro para cualquiera que lo que hace que su clasificación se presente como cuestionable es su desvia-

ción de los casos típicos, en estos aspectos. No hay ningún misterio en ello.

En segundo lugar, no es en virtud de una peculiaridad de términos complejos como "derecho" y "sistema jurídico" que estamos forzados a aceptar que hay casos típicos claros y casos límites discutibles. Es hoy un hecho familiar (aunque demasiado poco subrayado) que es menester hacer esta distinción respecto de casi todos los términos generales que usamos para clasificar características de la vida humana y del mundo en que vivimos. A veces la diferencia entre el caso típico claro, o paradigma, del uso de una expresión, y los casos discutibles, es sólo una cuestión de grado. Un hombre con un cráneo reluciente es claramente calvo; otro que tiene una hirsuta melena, claramente no lo es; pero la cuestión de si es calvo un tercer hombre que tiene una mata de cabellos aquí y otra allá podría ser discutida interminablemente, si se la considerara importante, o si dependiera de ella alguna decisión práctica.

A veces la desviación respecto del caso típico no es una mera cuestión de grado, sino que surge cuando el caso típico es de hecho un complejo de elementos normalmente concomitantes pero distintos, alguno o algunos de los cuales pueden faltar en los casos debatibles. ¿Es un bote volador un "buque"? ¿Podemos seguir hablando de "ajedrez" si decidimos jugar sin la reina? Tales cuestiones pueden ser instructivas porque nos obligan a reflexionar, haciéndola explícita, sobre nuestra concepción de la composición del caso típico; pero es obvio que esto, que puede ser llamado el aspecto marginal de las cosas, es algo demasiado común para explicar el largo debate sobre el derecho. Además, sólo una parte relativamente pequeña y poco importante de las más famosas y controvertidas teorías jurídicas se ocupa del problema de si es o no propio usar las expresiones "derecho primitivo" o "derecho internacional" para describir los casos a los que ellas convencionalmente se aplican.

Cuando reflexionamos sobre la capacidad general de la gente para reconocer y citar ejemplos de normas de derecho, y so-

bre la cantidad de cosas que generalmente se sabe acerca del caso típico de sistema jurídico, podría parecer fácil poner fin a la persistente pregunta "¿qué es derecho?", señalando simplemente una serie de cosas familiares. ¿Por qué no nos limitamos a repetir la explicación esquemática de las características salientes de un sistema jurídico nacional que, quizás con excesivo optimismo, pusimos, en la pág. 3 en labios de un hombre culto? Podemos decir simplemente, "Tal es el caso típico de lo que se quiere decir con 'derecho' y 'sistema jurídico'; no hay que olvidar que además de estos casos típicos encontraremos también estructuras en la vida social que, aunque comparten algunas de estas características salientes, no tienen otras de ellas. Estos son casos debatidos respecto de los cuales no puede haber un argumento concluyente en favor o en contra de su clasificación como derecho".

Esta manera de tratar el problema sería agradablemente breve. Pero fuera de ése, no presentaría ningún otro aspecto favorable. Porque, en primer lugar, resulta claro que quienes se encuentran más perplejos ante la pregunta "¿qué es derecho?" no han olvidado, y no necesitan que se les recuerden, los hechos familiares que esta respuesta esquemática les ofrece. La profunda perplejidad que ha mantenido viva la pregunta, no es ignorancia u olvido o falta de capacidad para reconocer los fenómenos a los que la palabra "derecho" comúnmente se refiere. Además, si consideramos los términos de nuestra explicación esquemática de un sistema jurídico, es patente que ella no va mucho más allá de afirmar que en el caso típico, normal, van unidas normas jurídicas de tipo diverso. Esto es así, porque tanto un tribunal como una legislatura, que aparecen en ese breve esquema como elementos típicos de un sistema jurídico normal o común, son a su vez creaciones del derecho. Sólo cuando hay ciertos tipos de normas jurídicas que acuerdan a los hombres jurisdicción para decidir casos y autoridad para dictar reglas se constituye un tribunal o una legislatura.

Esta manera breve de tratar el problema, que se limita a recordar las convenciones existentes que rigen el uso de las expre-

siones "derecho" y "sistema jurídico", es, por lo tanto, inútil. Obviamente lo mejor es posponer toda respuesta a la pregunta "¿qué es derecho?" hasta que descubramos qué es lo que realmente ha desconcertado a quienes la han hecho o tratado de contestar, aun cuando su familiaridad con el derecho y su capacidad para reconocer ejemplos de él sean indiscutibles. ¿Qué más quieren saber y por qué quieren saberlo? Es posible dar algo así como una respuesta general a *esta* pregunta. Porque hay ciertos temas principales recurrentes que han formado un foco constante de argumento y de contra-argumento acerca de la naturaleza del derecho, y provocado afirmaciones exageradas y paradójicas sobre el mismo, tales como las que ya hemos citado. La especulación sobre la naturaleza del derecho tiene una historia larga y complicada; sin embargo en visión retrospectiva se advierte que se ha centrado en forma casi continua en unas pocas cuestiones principales. Estas no fueron elegidas o inventadas gratuitamente para placer de la discusión académica; ellas se refieren a aspectos del derecho que, en todo tiempo y en forma natural, parecen dar origen a equívocos, de modo que la confusión y la consiguiente necesidad de una mayor claridad acerca de ellos puede coexistir, aún en los espíritus de pensadores profundos, con un firme dominio y conocimiento del derecho.

2. TRES PROBLEMAS RECURRENTES

Distinguiremos aquí tres de esos principales problemas recurrentes, y mostraremos después por qué ellos se presentan juntos bajo la forma de la exigencia de una *definición* del derecho o de una respuesta a la pregunta "¿qué es derecho?", o a preguntas estructuradas más oscuramente, tales como "¿cuál es la naturaleza (o la esencia) del derecho?".

Dos de estos problemas surgen de la manera siguiente. La característica general más destacada del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en *algún* sentido. Sin embargo, esta característica aparentemente simple

no lo es en realidad, porque dentro de la esfera de la conducta no optativa u obligatoria podemos distinguir diversas formas. El sentido primero, y el más simple, en que la conducta no es ya optativa, se presenta cuando un hombre se ve forzado a hacer lo que otro le dice, no porque sea compelidó físicamente en el sentido de que se actúa sobre su cuerpo, sino porque el otro lo amenaza con consecuencias desagradables si se rehusa a hacer lo que éste quiere. El asaltante ordena a su víctima entregarle el bolso y le amenaza con disparar si no lo hace; si la víctima cumple, aludimos a la manera en que fue forzada a hacerlo diciendo que se vio *obligada* a ello. A algunos les ha parecido claro que esta situación en que una persona da a otra una orden respaldada por amenazas, y, en este sentido de "obligar", la obliga a cumplir, muestra la esencia del derecho, o, por lo menos, "la clave de la ciencia de la jurisprudencia"[6]. Este es el punto de partida del análisis de Austin que tanto ha influido en la teoría jurídica inglesa.

Es por cierto indudable que, a menudo, un sistema jurídico presenta, entre otros, este aspecto. Una ley penal que declara que cierta conducta es delito y especifica la pena para el transgresor, puede asemejarse a la situación del asaltante en escala mayor; y podemos pensar que la única diferencia es relativamente pequeña, a saber, que en el caso de las leyes las órdenes están dirigidas, por lo común, a un grupo que habitualmente las obedece. Pero por atractiva que pueda parecer esta reducción de los complejos fenómenos del derecho a este elemento simple, se ha visto, cuando se la examina más de cerca, que constituye una deformación y una fuente de confusión aun en el caso de una ley penal, en el que un análisis en estos términos simples parece ser más plausible. ¿En qué difieren, pues, el derecho y la obligación jurídica de las órdenes respaldadas por sanciones y cómo están relacionados con ellas? Este ha sido, en todo tiempo, un problema cardinal, latente en la pregunta "¿qué es derecho?".

Un segundo problema semejante surge de una segunda ma-

[6] Austin, op. cit., Conferencia I, p. 13. Austin añade "y de la moral".

nera en que la conducta puede ser no optativa sino obligatoria. Las reglas morales imponen obligaciones y excluyen ciertas áreas de conducta de la libre elección del individuo para comportarse como le place. Tal como un sistema jurídico contiene obviamente elementos estrechamente conectados con los casos simples de órdenes respaldadas por amenazas, así, en forma igualmente obvia, contiene elementos estrechamente conectados con ciertos aspectos de la moral. En ambos casos por igual es difícil identificar cuál es la relación precisa y estamos inclinados a ver en la conexión claramente cercana una identidad. No sólo el derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales. El asesinato y el uso irresponsable de la violencia no son sino los ejemplos más obvios de la coincidencia entre las prohibiciones del derecho y la moral. Además, hay una idea, la de justicia, que parece unir ambos campos: es al mismo tiempo una virtud especialmente adecuada al derecho y la más jurídica de las virtudes. Hablamos de "justicia *de acuerdo con* el derecho", y también de la justicia o injusticia *de* las normas de derecho.

Estos hechos sugieren el punto de vista de que el derecho es entendido mejor como una "rama" de la moral o de la justicia y que es su congruencia con los principios de moral o justicia, y no el hecho de que constituye un cuerpo de órdenes y amenazas, lo que hace a su "esencia". Esta es la doctrina característica no sólo de las teorías escolásticas del derecho natural sino de cierta teoría jurídica contemporánea que critica al "positivismo" jurídico heredado de Austin. Sin embargo, también aquí las teorías que llevan a cabo esta estrecha asimilación del derecho a la moral, con frecuencia parecen confundir, en último término, uno y otro tipo de conducta obligatoria, y dejar un lugar insuficiente para las diferencias de especie entre las reglas morales y las jurídicas y para las divergencias en sus requerimientos. Estas son por lo menos tan importantes como las semejanzas y convergencias que también podemos hallar. Así, la afirmación de que "una norma

jurídica injusta no es una norma jurídica"[7], suena tanto a exageración y a paradoja, sino a falsedad, como "las leyes no son derecho", o "el derecho constitucional no es derecho". Es peculiar de la oscilación entre extremos, que caracteriza a la historia de la teoría jurídica, que aquellos que han visto en la estrecha asimilación entre el derecho y la moral nada más que una inferencia equivocada del hecho de que uno y otra comparten un vocabulario común de derechos y deberes, hayan protestado contra ello en términos igualmente exagerados y paradójicos. "Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa más ambiciosa, es lo que entiendo por derecho"[8].

El tercer problema principal que en forma perenne incita a preguntar "¿qué es derecho?" es más general. A primera vista puede parecer que el enunciado de que un sistema jurídico consiste, por lo menos en general, en *reglas*, no podría haber sido puesto en duda ni considerado difícil de entender. Tanto aquellos para quienes la clave de la comprensión del derecho se encuentra en la noción de órdenes respaldadas por amenazas, como aquellos que la ven en su relación con la moral o la justicia, hablan del derecho como algo que contiene reglas, si no está compuesto principalmente de ellas. Sin embargo, la insatisfacción, la confusión y la falta de certeza acerca de esta noción aparentemente no problemática, se encuentra en la base de buena parte de la perplejidad sobre la naturaleza del derecho. ¿Qué *son* las reglas?; ¿qué significa decir que una regla existe?; ¿los tribunales aplican realmente reglas o sólo fingen hacerlo? Una vez que la noción es cuestionada, y lo ha sido especialmente en la teoría jurídica de este siglo, aparecen las mayores divergencias de opinión. De ellas hablaremos rápidamente aquí.

Es cierto que hay reglas de tipos muy diferentes, no sólo en el sentido obvio de que además de las reglas jurídicas hay reglas de etiqueta y de lenguaje, reglas de juegos y reglamentos de clubs, sino en el sentido menos obvio de que aun dentro de cualquiera

[7] "Non videtur esse lex quae justa non fuerit": San Agustín I, *De Libero Arbitrio*, 5; Santo Tomás, *Summa Theologica*, Pr. XCV, Arts. 2,4.
[8] Holmes, loc. cit.

de estas esferas, las llamadas reglas pueden surgir de maneras diferentes y tener relaciones muy distintas con la conducta a que se refieren. Así, incluso dentro del derecho, algunas reglas son creadas por vía legislativa; otras no son creadas mediante ningún acto deliberado. Más importante aún es esto: algunas reglas son obligatorias en el sentido de que exigen que la gente se comporte de ciertas maneras, por ejemplo, absteniéndose de la violencia o pagando impuestos, lo desee o no; otras reglas, tales como las que prescriben el procedimiento, las formalidades y las condiciones para la celebración de matrimonios, otorgamiento de testamentos o realización de contratos, indican lo que la gente debe hacer para llevar a la práctica sus deseos. El mismo contraste que existe entre estos dos tipos de reglas se advierte entre aquellas reglas de un juego que proscriben ciertos tipos de conducta bajo penalidad (por ejemplo, el juego brusco o la falta de consideración al árbitro), y aquellas que especifican lo que hay que hacer para convertir un tanto o para ganar. Pero aún dejando a un lado por el momento esta complejidad, y considerando sólo el primer tipo de reglas (que son típicas del derecho criminal), encontramos, incluso entre los autores contemporáneos, la más amplia divergencia de opinión sobre qué significa afirmar que una regla de este tipo obligatorio simple existe. Algunos creen, en verdad, que la noción es misteriosa al extremo.

La primera explicación de la idea aparentemente simple de regla obligatoria que, quizás naturalmente, nos sentimos inclinados a dar, tiene que ser abandonada pronto. Es la que sostiene que decir que existe una regla sólo significa que un grupo de personas, o la mayor parte de ellas, se comporta "como regla", es decir, *generalmente*, de una determinada manera similar en ciertos tipos de circunstancias. Así, afirmar que en Inglaterra hay una regla que dice que un hombre no debe usar sombrero en la iglesia, o que debemos ponernos de pie cuando se ejecuta "God Save the Queen", sólo significa, según esta versión del problema, que la mayor parte de la gente generalmente hace estas cosas. Es patente que esto no basta, aunque trasmite parte de lo que se quiere decir. Puede existir una simple convergencia de

conducta entre los miembros de un grupo social (todos pueden beber té regularmente a la hora del desayuno o ir al cine una vez por semana) y, sin embargo, puede no haber regla que lo *exija.* La diferencia entre las dos situaciones sociales, la de mera conducta convergente y la de existencia de una regla social, se muestra también en el plano linguístico. Al describir la última podemos, aunque no es necesario, usar ciertas palabras que serían equívocas si sólo se intentara afirmar la primera. Estas son las expresiones "tener que" ("*must*"), y "deber" ("*should*" o "*ought to*"), que a pesar de sus diferencias comparten ciertas funciones comunes al indicar la presencia de una regla que exige cierto comportamiento. En Inglaterra no hay ninguna regla que diga que todos tienen que, o deberían, o deben ir al cine una vez por semana: sólo es verdad que regularmente la gente concurre al cine una vez por semana. Pero *hay* una regla que dispone que los hombres deben estar descubiertos en la iglesia.

¿Cuál es, pues, la diferencia crucial entre la mera conducta convergente habitual en un grupo, y la existencia de una regla, de la que a menudo son signo las palabras "tener que" y "deber"? Aquí ciertamente los teóricos del derecho han estado divididos, en particular en nuestros días, en que diversos factores han traído este problema a superficie. En el caso de las reglas jurídicas se ha sostenido a menudo que la diferencia crucial (el elemento de "tener que" o "deber") consiste en el hecho de que las desviaciones de ciertos tipos de conducta probablemente suscitarán una reacción hostil, y, si se trata de reglas jurídicas, serán castigadas por los funcionarios. En el caso de los que pueden ser llamados meros hábitos del grupo, como ir una vez por semana al cine, las desviaciones no dan lugar a castigo, ni aun a reproche. Pero cuando hay reglas que exigen cierta conducta, incluso reglas no jurídicas como la que prescribe que los hombres se descubran en la iglesia, es probable que la desviación produzca una reacción de ese tipo. En el caso de las reglas jurídicas esta consecuencia predecible es precisa y está oficialmente organizada, mientras que en el caso no jurídico, aunque es probable una similar reacción

hostil frente a la desviación, ella no está organizada ni tiene carácter preciso.

Claro está que la predecibilidad del castigo es un aspecto importante de las reglas jurídicas; pero no es posible aceptar esto como una explicación exhaustiva de lo que se quiere decir con el enunciado de que existe una regla social, o como explicación exhaustiva del elemento de "tener que" o de "deber" encerrado en las reglas. Tal versión predictiva está abierta a muchas objeciones, pero una en particular, que es aplicable a toda una escuela de pensamiento jurídico de los países escandinavos, merece cuidadosa consideración. Es que si examinamos de cerca la actividad del juez o del funcionario que castiga las desviaciones de las reglas jurídicas (o la de aquellos particulares que censuran o critican las desviaciones de las reglas no jurídicas), vemos que en esta actividad las reglas desempeñan un papel que dicha versión predictiva deja sin explicación alguna. Porque el juez, al castigar, toma a la regla como *guía* y a la transgresión como la *razón* y *justificación* del castigo al transgresor. El juez no ve en la regla un enunciado que expresa que él y otros probablemente castigarán las transgresiones, aunque un espectador podría considerarla precisamente de esta manera. El aspecto predictivo de la regla (aunque totalmente real) es irrelevante a los fines del juez, mientras que el *status* de ella como guía y justificación es esencial. Lo mismo se aplica a las censuras informales por la transgresión de reglas no jurídicas. Ellas tampoco son meras reacciones predecibles frente a las desviaciones, sino algo que es guiado por la existencia de la regla y que se considera justificado por ésta. Así, decimos que censuramos o castigamos a un hombre *porque* ha infringido la regla, y no simplemente que era probable que lo castigaríamos o censuraríamos.

Sin embargo, algunos de los críticos que han insistido en estas objeciones a la explicación predictiva confiesan que hay aquí algo oscuro; algo que se resiste al análisis en términos fácticos, claros y rigurosos. ¿Qué *puede* haber en una regla además del castigo o censura regular, y por ello predecible, a quienes se desvían de las pautas usuales de conducta, que la distinga de un

simple hábito del grupo? ¿Puede realmente haber algo por detrás de estos hechos claramente verificables, algún elemento extra, que guía al juez y justifica la pena, o le da alguna razón para aplicarla? La dificultad en decir cuál es exactamente este elemento extra ha llevado a estos críticos de la teoría predictiva a insistir, a esta altura, en que todo el lenguaje de reglas, y el correspondiente uso de palabras tales como "tener que" y "deber", está colmado de una confusión que quizás exalte su importancia a los ojos de los hombres pero que carece de fundamento racional. Simplemente *pensamos* —pretenden esos críticos— que hay algo en la regla que nos obliga a hacer ciertas cosas y que nos guía o justifica al hacerlas, pero esta es una ilusión aunque sea una ilusión útil. Todo lo que hay, por detrás de los claros hechos verificables de la conducta del grupo y de la reacción predecible ante la desviación, son nuestros poderosos "sentimientos" que nos compelen a comportarnos de acuerdo con la regla y a actuar contra aquellos que no lo hacen. No reconocemos en estos sentimientos lo que ellos en verdad son, sino que imaginamos que hay algo externo, alguna parte invisible de la textura del universo, que nos guía y controla en estas actividades. Estamos aquí en el reino de la ficción, con el cual, se dice, el derecho ha estado siempre conectado. Sólo porque adoptamos esta ficción podemos hablar solemnemente del gobierno de "leyes y no de hombres". Este tipo de crítica, cualquiera sean los méritos de sus tesis positivas, exige por lo menos una elucidación adicional de la distinción entre reglas sociales y simples hábitos de conducta convergente. Esta distinción es crucial para la comprensión del derecho, y buena parte de los primeros capítulos de este libro se refiere a ella.

El escepticismo respecto del carácter de las reglas jurídicas no ha asumido siempre, sin embargo, la forma extrema de condenar la noción misma de regla obligatoria como confusa o ficticia. En lugar de ello, la forma más dominante de ese escepticismo en los Estados Unidos y en Inglaterra nos invita a reconsiderar el punto de vista de que un orden jurídico en su *totalidad* o aun *principalmente* consiste en reglas. No cabe duda de que los tribunales estructuran sus decisiones como para dar la impresión de que ellas

son la consecuencia necesaria de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro. En casos muy simples esto puede ser así; pero en la amplia mayoría de los casos que se ventilan ante los tribunales, ni las leyes ni los precedentes en los que, según se pretende, están contenidas las reglas, permiten un único resultado. En los casos más importantes hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que "expresa" un precedente. Unicamente la tradición de que los jueces "hallan" y no "crean" el derecho oculta esto, y presenta sus fallos como si fueran deducciones fácilmente hechas a partir de reglas claras preexistentes, sin que intervenga la elección del juez. Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla. No parece probable que la cláusula de la sección 9 de la Ley de Testamentos de 1837, que exige dos testigos para un testamento, suscite problemas de interpretación. Sin embargo todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas. Aun el significado de la cláusula aparentemente inocente de la Ley de Testamentos que dispone que el testador debe *firmar* el testamento, puede resultar dudoso en ciertas circunstancias. ¿Qué pasa si el testador usó un seudónimo?, ¿o si otro guió su mano?, ¿o si escribió únicamente sus iniciales?, ¿o si puso su nombre completo, correctamente, sin ayuda de nadie, pero en la parte superior de la primera hoja en lugar de colocarlo en la parte inferior de la última? En todos estos casos, ¿ha "firmado" según el significado de aquella regla jurídica?

Si puede aparecer tanta incertidumbre en humildes esferas del derecho privado, ¿cuánta más no encontraremos en las grandilocuentes frases de una constitución, tales como las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos, que establecen que nadie será "privado de la vida, de la libertad, o de la propiedad sin debido proceso legal?". Un autor[9] ha dicho que el

[9] J. D. March, "Sociological Jurisprudence Revisited", 8 *Stanford Law Review* (1956), p. 518.

verdadero significado de esta frase es en realidad plenamente claro. Significa: "ningún *w* será *x* o *y* sin *z*, donde *w*, *x*, *y*, y *z* pueden asumir cualquier valor dentro de un amplio campo". Para rematar la historia, los escépticos nos recuerdan que no sólo las reglas son inciertas, sino que la interpretación del tribunal, además de hallarse revestida de autoridad, puede ser definitiva. En vista de todo esto, la concepción del derecho que ve en él esencialmente una cuestión de reglas ¿no es acaso una exageración grosera, si no un error? Tales pensamientos conducen a la paradójica negativa que ya hemos citado: "Las leyes son fuentes de derecho, no partes del derecho mismo"[10].

3. DEFINICION

He aquí, pues, los tres problemas recurrentes: ¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas? El principal propósito de la mayor parte de la especulación sobre la "naturaleza" del derecho ha sido eliminar dudas y perplejidades acerca de estas tres cuestiones. Ahora es posible ver por qué esta especulación ha sido usualmente concebida como una búsqueda de la definición del derecho, y también por qué al menos las formas familiares de definición han hecho tan poco para resolver las persistentes dificultades y dudas. La definición, como la palabra lo sugiere, es primariamente una cuestión de trazar límites o discriminar entre un tipo de cosa y otro, que el lenguaje distingue mediante una palabra separada. La necesidad de tal delimitación es experimentada con frecuencia por quienes están perfectamente habituados al uso cotidiano de la palabra en cuestión, pero no pueden enunciar o explicar las distinciones que, según ellos sienten, dividen un tipo de cosa de otro. Todos nosotros nos hallamos a veces en esa situación: es fundamentalmente

[10] Gray, loc. cit.

la del hombre que dice, "Yo puedo reconocer un elefante si lo veo, pero no puedo definirlo". La misma situación fue expresada en algunas famosas palabras de San Agustín [11] sobre la noción de tiempo. "¿Qué es pues 'tiempo'? Si nadie me lo pregunta lo sé; si deseo explicarlo a alguien que me lo pregunta, no lo sé". Es así que aun juristas avezados han sentido que, aunque conocen el derecho, hay mucho respecto del mismo y de sus relaciones con otras cosas que no pueden explicar y que no entienden plenamente. Como un hombre que puede dirigirse de un punto a otro de una ciudad familiar pero no puede explicar o mostrar a los demás cómo hacerlo, quienes insisten en una definición necesitan un mapa que exhiba con claridad las relaciones que oscuramente perciben entre el derecho que conocen y otras cosas.

A veces en tales casos una definición de una palabra puede proporcionar tal mapa: puede hacer explícito el principio latente que guía nuestro uso de la palabra, y al mismo tiempo puede exhibir relaciones entre el tipo de fenómenos a los cuales la aplicamos y otros fenómenos. Se dice a veces que la definición es "meramente verbal" o "simplemente acerca de palabras"; pero esto puede ser sumamente equívoco cuando la expresión definida pertenece al uso corriente. Aun la definición de triángulo como "figura rectilínea de tres lados", o la definición de elefante como un "cudrúpedo que se distingue de otros porque posee una piel gruesa, colmillos y trompa", nos instruye en forma muy humilde sobre el uso típico de esas palabras y sobre las cosas a que ellas se aplican. Una definición de ese tipo familiar hace dos cosas a la vez. Simultáneamente suministra un código o fórmula que traduce la palabra a otros términos que se entienden bien, y ubica para nosotros el tipo de cosa a que se refiere la palabra según el uso, indicando las características que comparte con una familia más amplia de cosas y aquellas que la distinguen de otras de la misma familia. Al buscar y hallar tales definiciones "no contemplamos simplemente palabras.... sino también las realidades para hablar acerca de las cuales usamos las palabras. Estamos

[11] Confesiones, XIV, 17.

usando una agudizada conciencia de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos"[12]

Esta forma de definición (*per genus et differentiam*) que vemos en el caso simple del triángulo o del elefante, es la más simple y de alguna manera la más satisfactoria, porque nos da una forma de palabras que puede ser siempre colocada en reemplazo de la palabra definida. Pero no siempre disponemos de ella, y cuando tal cosa ocurre, no es siempre esclarecedora. Su éxito depende de condiciones que a menudo no se presentan. La principal entre ellas es que haya una familia más amplia de cosas o *genus*, cuyo carácter tengamos en claro, y dentro de la cual la definición ubique lo que define; porque obviamente una definición que nos dice que algo es miembro de una familia no puede sernos de ayuda si sólo tenemos ideas vagas y confusas sobre el carácter de la familia. Es esta exigencia la que en el caso del derecho hace que esta forma de definición sea inútil, porque aquí no hay ninguna categoría general familiar, bien comprendida, que incluya al derecho como miembro. La categoría que se presenta en forma más obvia para ser utilizada de esta manera en una definición del derecho, es la familia general de *reglas de conducta*; sin embargo el concepto de regla, como hemos visto, es tan desconcertante como el de derecho mismo, de tal manera que las definiciones que comienzan identificando a los preceptos jurídicos como una especie de reglas, por lo común no hacen progresar mucho nuestra comprensión de aquél. Por esto, hace falta algo más fundamental que una forma de definición que se usa con éxito para ubicar alguna clase especial, subordinada, dentro de alguna clase de cosas general, familiar, bien entendida.

Hay, sin embargo, otros obstáculos formidables al uso provechoso de esta forma simple de definición en el caso del derecho. La suposición de que una expresión general puede ser definida de esta manera, descansa en el presupuesto tácito de que todos los ejemplos a los que ella se aplica tienen características comu-

[12] J. L. Austin, "A Plea for Excuses", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 57 (1956-7), 8.

nes que son significadas por dicha expresión. Claro está que ya a un nivel relativamente elemental, la existencia de casos marginales reclama nuestra atención, y esto muestra que el presupuesto de que los diversos ejemplos de un término general deben poseer las mismas características puede tener carácter dogmático. A menudo el uso ordinario, o aún el uso técnico, de una palabra, es plenamente "abierto", en el sentido de que no *prohibe* la extensión del término a casos en los que los que sólo están presentes algunas de las características normalmente concomitantes. Esto, tal como ya lo hemos observado, es aplicable al derecho internacional y a ciertas formas de derecho primitivo, de modo que es siempre posible discutir con plausibilidad en favor y en contra de dicha extensión. Lo que es más importante es que, además de tales casos marginales, los diversos ejemplos de un término general están a menudo unidos entre sí de maneras totalmente diferentes de la postulada por la forma simple de definición. Pueden estar unidos por analogía, como cuando hablamos del "pie" de un hombre y también del "pie" de una montaña. Pueden estar unidos por *diferentes* relaciones con un elemento central. Así, se advierte tal principio unificador en la aplicación de la palabra "saludable" no sólo a un hombre sino también al color de su piel y a sus ejercicios matutinos. El segundo es un *signo* y los últimos una *causa* de la primera característica central. O también —y aquí quizás tenemos un principio semejante al que unifica los diversos tipos de reglas que constituyen un sistema jurídico— los diversos ejemplos pueden ser partes diferentes de alguna actividad compleja. El uso del adjetivo "ferroviario" aplicado no sólo a un tren sino también a las líneas, a una estación, a un mozo de servicio y a una sociedad anónima, está gobernado por este tipo de principio unificador.

Hay por supuesto muchos otros tipos de definición además de la muy simple forma tradicional que hemos examinado, pero parece claro, cuando recordamos el carácter de los tres principales problemas que hemos identificado como problemas que subyacen a la recurrente pregunta: "¿qué es derecho?", que nada lo suficientemente conciso como para ser considerado una de-

finición, puede proporcionarle una respuesta satisfactoria. Las cuestiones subyacentes son demasiado distintas entre sí y demasiado fundamentales para ser susceptibles de este tipo de solución. Esto es lo que muestra la historia de los intentos de dar definiciones concisas. Sin embargo, el instinto que a menudo ha agrupado estas tres cuestiones bajo una única pregunta o pedido de definición, no ha estado mal orientado; porque, como mostraremos en el desarrollo de este libro, es posible aislar y caracterizar un conjunto central de elementos que forman una parte común de la respuesta a las tres. Se verá mejor lo que son estos elementos y por qué merecen el papel importante asignado a ellos en este libro, si consideramos primero, en detalle, las deficiencias de la concepción que ha dominado en tan gran medida la teoría jurídica inglesa desde que Austin la expuso. Me refiero a la pretensión de que la clave para comprender el derecho ha de hallarse en la noción simple de orden respaldada por amenazas, que el propio Austin denominó "mandato" (*command*). La investigación de las deficiencias de esta teoría ocupa los próximos tres capítulos. Al criticarla en primer término, y al diferir para los capítulos ulteriores la consideración de su principal antagonista, hemos dejado a un lado conscientemente el orden histórico en que se ha desarrollado la moderna teoría jurídica; porque la pretensión rival de que se entiende mejor el derecho a través de su conexión "necesaria" con la moral, es una doctrina anterior, que Austin, al igual que Bentham antes que él, tomó como objeto principal de ataque. Nuestra excusa para este trato a-histórico, si es que ella hace falta, es que los errores de la teoría simple del imperativo son un índice mejor de la verdad que los de las más complejas teorías rivales.

En varios lugares de este libro el lector encontrará discusiones de los casos marginales que han hecho dudar a los juristas respecto de la aplicación de las expresiones "derecho" o "sistema jurídico", pero la solución sugerida a esas dudas, que también encontrará aquí, es sólo una preocupación secundaria de este libro. Porque su propósito no es dar una definición de derecho, en el sentido de una regla según la cual se puede poner

a prueba la corrección del uso de la palabra; su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales. El conjunto de elementos identificados en el curso del examen crítico de los próximos tres capítulos y descriptos en detalle en los capítulos V y VI, sirven este propósito en las maneras que quedarán demostradas en el resto del libro. Por esta razón ellos son tratados como los elementos centrales del concepto de derecho, que tienen primordial importancia en su elucidación.

CAPÍTULO II

NORMAS JURIDICAS, MANDATOS Y ORDENES

1. VARIEDADES DE IMPERATIVOS

El intento más claro y más completo de analizar el concepto de derecho en términos de los elementos aparentemente simples de mandatos y hábitos, fue el que realizó Austin en *The Province of Jurisprudence Determined.* En este capítulo y en los dos próximos expondremos y criticaremos una posición que, en lo substancial, es igual a la doctrina de Austin, pero que probablemente se diferencia de ella en ciertos puntos. Porque nuestro interés principal no está en Austin, sino en las credenciales de cierto tipo de teoría que ejerce una atracción perenne cualesquiera puedan ser sus defectos. Por tal razón, en los casos en que el significado de Austin es dudoso o cuando sus opiniones parecen contradictorias, no hemos vacilado en prescindir de uno u otras, y en enunciar una posición clara y coherente. Además, cuando Austin se limita a sugerir las maneras de responder a las críticas, las hemos desarrollado (en parte según las líneas seguidas por teóricos posteriores tales como Kelsen) para asegurar que la doctrina que consideraremos y criticaremos sea enunciada en su forma más fuerte.

En muchas diferentes situaciones de la vida social una persona puede expresar el deseo de que otra haga o se abstenga de hacer algo. Cuando este deseo se expresa no como una mera información interesante o como una auto-revelación deliberada, sino con la intención de que la otra persona actúe de conformidad con el deseo expresado, es usual en inglés y en muchos otros idiomas, aunque no necesario, valerse de una forma linguística

especial llamada el *modo imperativo,* "¡Váyase a su casa!", "¡Venga aquí!", "¡Deténgase!", "¡No lo mate!". Las situaciones sociales en que nos dirigimos a los demás en forma imperativa son diversas al extremo; sin embargo incluyen algunos tipos principales que se repiten, cuya importancia está señalada por ciertas clasificaciones familiares. "Páseme la sal, por favor", es por lo común un simple *pedido,* puesto que normalmente esta expresión va dirigida a alguna persona que está en posición de prestar un servicio a quien la emite, y no sugiere un gran apuro ni da a entender qué puede ocurrir en caso de que el otro no acceda. La expresión "no me mate" sería normalmente formulada como una *súplica,* cuando la persona que la profiere está a merced de otra, o ésta puede librarla o sacarla de una situación riesgosa. La expresión "no se mueva", por su parte, puede ser una *advertencia* si quien la formula conoce la existencia de algún peligro inminente para el otro (por ejemplo una serpiente en la hierba) que puede evitarse si éste se queda quieto.

Las variedades de situación social en que las formas imperativas del lenguaje se usan característicamente, aunque no en forma invariable, no sólo son numerosas sino que no se distinguen entre sí con precisión; y palabras tales como "súplica", "pedido" o "advertencia" sirven sólo para hacer unas pocas discriminaciones toscas. La más importante de estas situaciones es aquélla para la cual la palabra "imperativo" parece especialmente apropiada. Es la que ilustra el caso del asaltante que le dice al empleado del banco "Entrégueme el dinero o disparo". Su nota distintiva, que nos lleva a decir que el asaltante *ordena* al empleado, y no simplemente le pide, y menos todavía le *suplica,* que le entregue el dinero, es que para asegurar el cumplimiento de sus deseos expresados, el primero amenaza con hacer algo que un hombre normal consideraría dañoso o desagradable, y de esa manera no entregar el dinero se torna una conducta sustancialmente menos preferible para el empleado. Si el asaltante tiene éxito, describiremos lo ocurrido diciendo que coaccionó al oficinista, y que éste estuvo, en este sentido, en poder de aquél. En tales casos pueden surgir difíciles cuestiones lingüísticas: po-

dríamos decir con propiedad que el asaltante *ordenó* al empleado entregarle el dinero y que el último le obedeció, pero sería en alguna medida equívoco expresar que el asaltante *dio una orden* al empleado, puesto que esta frase, que tiene resonancias militares, sugiere que hay algún derecho o autoridad para dar órdenes, cosa que falta en nuestro caso. Sería completamente natural, empero, decir que el asaltante dio a uno de sus secuaces la orden de que vigilara la puerta.

No es necesario que nos detengamos aquí en estas sutilezas. Aunque a menudo las palabras "orden" y "obediencia" pueden parecer ligadas a una cierta sugestión de autoridad y respeto, usaremos las expresiones "órdenes respaldadas por amenazas" y "órdenes coercitivas" para aludir a órdenes que, como la del asaltante, están apoyadas únicamente en amenazas, y utilizaremos las palabras "obediencia" y "obedecer" para referirnos al cumplimiento de tales órdenes. Sin embargo, es importante advertir, aunque más no sea que por la gran influencia que sobre los juristas ha tenido la definición de Austin de la noción de mandato (*command*), que la situación simple en que se emplea la amenaza del daño, y nada más que ella, para forzar la obediencia, no es la situación en que naturalmente hablamos de "mandatos" ("*commands*"). Esta palabra, que en inglés no es muy común fuera de los contextos militares, lleva consigo implicaciones muy fuertes de que existe una organización jerárquica de hombres, relativamente estable, como un ejército o un cuerpo de discípulos, en la que el "comandante" ocupa una posición de preeminencia.* Típicamente es el general (y no el sargento) quien comanda y da mandatos, aunque se usan estos términos para aludir a otras formas de preeminencia especial, como cuando en el Nuevo Testamento se dice que Cristo manda a sus discípulos. Más importante —porque ésta es una distinción crucial entre formas diferentes de "imperativos"— es el punto de que cuando se da un mandato no es menester que haya una ame-

* El autor alude a ciertas implicaciones de la palabra inglesa *command*, que he traducido por "mandato". No parece que esta última palabra tenga, en español, el mismo halo de sugerencias. (N. del T.).

naza latente de daño para el supuesto de desobediencia. Mandar es característicamente ejercer autoridad sobre hombres, no el poder de causar daño, y aunque puede ir combinado con amenazas de daños, un mandato no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad.

Es obvio que la idea de un mandato con su muy fuerte conexión con la autoridad está mucho más cerca de la idea de derecho que la orden respaldada por amenazas de nuestro asaltante, aunque ésta es un ejemplo de lo que Austin, que no toma en cuenta las distinciones hechas en el último párrafo, llama equívocamente mandato. La noción de mandato, sin embargo, está demasiado cerca del derecho para nuestro propósito; porque el elemento de autoridad involucrado en el derecho ha sido siempre uno de los obstáculos en el camino de cualquier explicación fácil de lo que el derecho es. Por lo tanto no podemos usar provechosamente la noción de mandato en la elucidación del derecho, pues ella también implica dicho elemento. Es ciertamente una virtud del análisis de Austin, cualesquiera sean sus defectos, que a diferencia del elemento de autoridad, los elementos de la situación del asaltante no son en sí oscuros ni precisan mucha explicación; por ello es que seguiremos a Austin en un intento de construir a partir de allí la idea de derecho. No esperaremos, sin embargo, como esperaba Austin, tener éxito, sino, en cambio, sacar una lección de nuestro fracaso.

2. EL DERECHO COMO ORDENES COERCITIVAS

Aun en una sociedad grande y compleja, como la de un estado moderno, hay ocasiones en las que un funcionario, cara a cara con un individuo, le ordena hacer algo. Un policía ordena detenerse a un determinado conductor, o moverse a un determinado mendigo. Pero estas situaciones simples no son, y no podrían ser, la forma típica en que funciona el derecho, aunque más no sea que por la razón de que ninguna sociedad podría mantener el número necesario de órganos para asegurar que cada uno de sus miembros sea informado, en forma oficial y separada,

de cada uno de los actos que debe realizar. En lugar de ello, tales formas particularizadas de control, o bien son excepcionales, o bien constituyen complementos auxiliares o refuerzos de formas generales de directivas, que no nombran a individuos particulares, no están dirigidas a ellos, y no indican un acto particular a ser realizado. De aquí que la forma *típica,* incluso de una ley criminal (que de todas las variedades de normas jurídicas es la que más se asemeja a una orden respaldada por amenazas), es general de dos maneras; indica un tipo general de conducta y se aplica a una clase general de personas de quienes se espera que adviertan que rige para ellas y que cumplan con lo prescripto. Las directivas oficiales individualizadas, cara a cara, ocupan aquí un lugar secundario: si las directivas primarias generales no son obedecidas por un individuo particular, los funcionarios pueden recordárselas y exigirle que las acate, tal como hace un inspector de impuestos, o la desobediencia puede identificarse y documentarse oficialmente, y el castigo amenazado ser impuesto por un tribunal.

Por lo tanto, en forma primaria, aunque no exclusiva, el control jurídico es un control mediante directivas que en este doble sentido son *generales.* Esta es la primera característica que tenemos que añadir al modelo simple del asaltante, para que reproduzca las características del derecho. El campo de las personas afectadas y la manera en que dicho campo es establecido pueden variar con los distintos sistemas jurídicos y aun con normas diferentes. En un estado moderno se entiende usualmente que a falta de indicaciones especiales que amplíen o reduzcan la clase, sus normas jurídicas generales se aplican a todas las personas que se encuentren dentro de sus límites territoriales. En el derecho canónico se entiende, de modo semejante, que normalmente todos los miembros de la Iglesia se encuentran sometidos a su derecho, salvo cuando se indica una clase más limitada. En todos los casos el campo de aplicación de una norma es una cuestión de interpretación de la regla particular, sobre la base de dichos entendimientos generales. Vale la pena hacer notar aquí que aunque los juristas, entre ellos Austin, a veces hablan de que

las normas jurídicas se *dirigen*[1] a clases de personas, esto es engañoso en cuanto sugiere un paralelo con la situación cara a cara que realmente no existe, y que no está en la intención de quienes se expresan de ese modo. Ordenar a los demás que hagan ciertas cosas es una forma de comunicación e implica realmente dirigirse a ellos, es decir, atraer su atención o hacer lo necesario para atraerla, pero dictar normas jurídicas para los demás, no. Así el asaltante, mediante una única expresión, "Entrégueme esos billetes", expresa su deseo de que el empleado haga algo, y a la vez se *dirige* efectivamente a éste, es decir, hace lo que normalmente basta para llevar esa expresión a la atención del último. Si no hiciera lo segundo y se limitara a decir las mismas palabras en una habitación vacía, no se habría dirigido al empleado en modo alguno, y no le habría *ordenado* hacer algo: podríamos describir la situación expresando que el asaltante se ha limitado a decir las palabras "entrégueme esos billetes". En este aspecto, dictar normas jurídicas difiere de ordenar a los demás hacer cosas, y tenemos que tener en cuenta esta diferencia al usar esta idea simple como un modelo para el derecho. Puede ciertamente ser deseable que las normas jurídicas sean puestas en conocimiento de aquellos a quienes se aplican, inmediatamente después de ser dictadas. El propósito del legislador al crear normas se frustaría si no se procediera así en la generalidad de los casos, y los sistemas jurídicos disponen comúnmente, mediante reglas especiales sobre promulgación, que tal cosa se lleve a cabo. Pero las normas jurídicas pueden ser completas en cuanto tales antes de ser publicadas y aunque no se las publique. En ausencia de reglas especiales en contrario, las normas jurídicas son válidamente creadas aún cuando las personas afectadas por las mismas tengan que averiguar por su cuenta qué normas han sido dictadas y quiénes son los afectados por ellas. Los que aluden a que las normas jurídicas están "dirigidas" a ciertas personas, quieren decir usualmente que éstas son las personas a quienes la norma particular

[1] "Dirigidas a toda la comunidad", Austin, op. cit., p. 22.

se aplica, es decir, aquellas de quienes se exige un cierto comportamiento. Si usamos aquí la palabra "dirigidas", podemos pasar por alto una diferencia importante entre dictar una norma jurídica y dar una orden cara a cara, y a la vez podemos confundir estas dos preguntas diferentes: "¿a quién se aplica la norma?" y "¿a quién se ha hecho conocer la norma?".

Además de la introducción de la característica de generalidad, es menester introducir un cambio más fundamental en la situación del asaltante, si es que hemos de tener un modelo plausible de la situación en que hay derecho. Es verdad que en cierto sentido el asaltante tiene un ascendiente o superioridad sobre el oficinista; el mismo radica en su temporaria posibilidad de formular una amenaza, que puede muy bien ser suficiente para hacer que el oficinista realice el acto particular que se le ordena. No hay otra forma de relación de superioridad e inferioridad entre los dos hombres, salvo esta brevísima relación coercitiva. Pero para los fines del asaltante esto puede bastar: porque la simple orden cara a cara "entrégueme esos billetes o dispararé" se agota con la emergencia. El asaltante no da al oficinista (aunque bien puede dárselas a los secuaces de su banda) *órdenes permanentes* a ser seguidas de tiempo en tiempo por clases de personas. Las normas jurídicas, sin embargo, tienen en grado preeminente esta característica de "permanencia" o persistencia. De aquí que si hemos de usar la noción de órdenes respaldadas por amenazas como explicatoria de lo que son las normas jurídicas, tenemos que tratar de reproducir este carácter de perdurabilidad que ellas exhiben.

Es menester suponer, por lo tanto, que aquellos a quienes las órdenes generales se aplican sustentan la creencia general de que probablemente a la desobediencia seguirá la ejecución de la amenaza, no sólo en la primera promulgación de la orden, sino continuamente hasta que la orden sea revocada o cancelada. Puede decirse que esta creencia continua en las consecuencias de la desobediencia mantiene vivas o "en pie" las órdenes originales, aunque, como veremos más tarde, el análisis de la nota de persistencia del derecho en estos términos simples presenta dificulta-

des. Por supuesto, para que exista una creencia general de este tipo en la probabilidad continuada de la ejecución de la amenaza, puede exigirse de hecho la concurrencia de muchos factores que no podrían ser reproducidos en la situación del asaltante. Es posible que el poder para llevar a cabo amenazas unidas a tales órdenes permanentes, que afectan gran número de personas, sólo pueda existir de hecho, y sólo se lo pueda concebir como existente, si se sabe que un número considerable de habitantes están dispuestos a obedecer voluntariamente, es decir con independencia del temor a las amenazas, y a cooperar en la ejecución de éstas contra quienes desobedezcan.

Cualquiera sea el fundamento de esta creencia general en la probabilidad de la ejecución de las amenazas, tenemos que distinguirla de una característica necesaria adicional que hay que agregar a la situación del asaltante para que ella se aproxime a la situación estable en que indiscutiblemente hay derecho. Debemos suponer que, cualquiera sea el motivo de ello, la mayor parte de las órdenes son más frecuentemente obedecidas que desobedecidas por la mayor parte de las personas afectadas. Llamaremos a esto, siguiendo a Austin, un "hábito general de obediencia", y advertiremos, con dicho autor, que, al igual que muchos otros aspectos del derecho, ésta es una noción esencialmente vaga o imprecisa. El problema de saber cuánta gente tiene que obedecer, cuántas de esas órdenes generales tienen que ser obedecidas y durante cuánto tiempo tienen que serlo, para que haya derecho, es tan poco susceptible de respuesta precisa como la pregunta sobre el número de cabellos que debe tener un hombre para no ser calvo. Sin embargo en este hecho de la obediencia general se encuentra una distinción crucial entre las normas jurídicas y el caso simple originario de la orden del asaltante. La mera ascendencia temporaria de una persona sobre otra es naturalmente concebida como la antítesis polar del derecho, que tiene un carácter relativamente permanente y establecido; por cierto que en la mayor parte de los sistemas jurídicos ejercer un poder coercitivo tan breve como el ejercido por el asaltante constituiría un delito del derecho criminal. Queda por ver, en verdad, si esta noción simple, aun-

que confesadamente vaga, de la obediencia general habitual a las órdenes generales respaldadas por amenazas, basta realmente para reproducir el carácter estable y la continuidad que los sistemas jurídicos poseen.

El concepto de órdenes generales respaldadas por amenazas dadas por alguien que generalmente es obedecido, que hemos construido mediante adiciones sucesivas a la situación simple del caso del asaltante, se aproxima obviamente más a una ley penal sancionada por la legislatura de un estado moderno, que a cualquier otra variedad de derecho. Porque hay tipos de normas jurídicas que parecen *prima facie* muy diferentes de tales leyes penales, y más adelante tendremos que ocuparnos de la pretensión de que también estas otras variedades de derecho, a pesar de las apariencias en contrario, sólo son en realidad versiones complicadas o encubiertas de aquella misma forma. Pero incluso para reproducir las características de una ley penal en nuestro modelo construido de órdenes generales obedecidas generalmente, algo más hay que decir acerca de la persona que da las órdenes. El sistema jurídico de un estado moderno está caracterizado por un cierto tipo de *supremacía* dentro de su territorio y de *independencia* respecto de otros sistemas, que todavía no hemos reproducido en nuestro modelo simple. Estas dos nociones no son tan simples como pueden parecer, pero lo esencial de ellas desde el punto de vista del sentido común (que quizás no resulte adecuado) puede ser expresado como sigue: el derecho inglés, el derecho francés, el derecho de cualquier país moderno, regula la conducta de poblaciones que habitan territorios con límites geográficos bastante bien definidos. Dentro del territorio de cada país puede haber muchas diferentes personas o conjuntos de personas que dan órdenes generales respaldadas por amenazas y que reciben obediencia habitual. Pero debemos distinguir algunas de estas personas o cuerpos (por ejemplo, el London County Council o un ministro que ejerce lo que llamamos poderes de legislación delegados) como órganos *subordinados*, por oposición a la Reina en Parlamento, que es suprema. Podemos expresar esta relación en la simple terminología de los hábitos, diciendo que mientras que al crear

normas jurídicas la Reina en Parlamento no obedece a nadie habitualmente, los órganos subordinados se mantienen dentro de límites legislativamente prescriptos, y de esa manera puede decirse que al crear normas jurídicas son agentes de la Reina en Parlamento. Si ellos no actuaran así no tendríamos en Inglaterra un sistema de derecho, sino una pluralidad de sistemas; mientras que en la realidad, precisamente porque la Reina en Parlamento es en este sentido suprema con relación a todas las restantes personas en el territorio, y los otros cuerpos no lo son, tenemos en Inglaterra un sistema único, en el que podemos distinguir una jerarquía de elementos supremos y subordinados.

La misma caracterización negativa de la Reina en Parlamento, como *no* obedeciendo habitualmente las órdenes de otros, define en forma tosca la noción de *independencia* que usamos al hablar de los distintos órdenes jurídicos de los diferentes países. La legislatura suprema de la Unión Soviética no tiene el hábito de obedecer a la Reina en Parlamento, y cualquier cosa que la última sancionara sobre los asuntos soviéticos (aunque podría constituir parte del derecho de Inglaterra) no sería parte del derecho de la Unión Soviética. Lo sería únicamente si la Reina en Parlamento fuese habitualmente obedecida por la legislatura de la Unión Soviética.

En esta versión simple, que más tarde examinaremos en forma crítica, dondequiera haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente. Si, de acuerdo con Austin, llamamos "soberano" a tal persona o cuerpo de personas supremo e independiente, las normas jurídicas de cualquier país serán las órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por los subordinados que obedecen a aquél.

CAPÍTULO III

LA DIVERSIDAD DE NORMAS JURIDICAS

Si comparamos la variedad de tipos diferentes de normas jurídicas que aparecen en un sistema moderno, como el derecho inglés, con el modelo simple de órdenes coercitivas construido en el capítulo anterior, brota una multitud de objeciones. Es patente que no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo. ¿No es engañoso clasificar así normas que confieren a los particulares la potestad de otorgar testamentos, celebrar contratos o contraer matrimonio, y normas que confieren potestades a funcionarios, por ejemplo, la de decidir litigios a un juez, la de dictar reglamentos a un ministro, la de aprobar ordenanzas a un consejo departamental? Es patente que no todas las normas jurídicas son legisladas *(enacted)*, ni todas son la expresión del deseo de alguien como lo son las órdenes generales de nuestro modelo. Esto parece inaplicable a la costumbre, que ocupa un lugar genuino, aunque modesto, en la mayor parte de los sistemas jurídicos. Es obvio que las normas jurídicas, aun cuando se trate de leyes, que son normas deliberadamente creadas, no son necesariamente órdenes dadas a *otros*. ¿Acaso las leyes no obligan, con frecuencia, a los propios legisladores? Finalmente ¿es menester que las normas legisladas, para ser normas jurídicas, expresen realmente los deseos, intenciones o anhelos efectivos de algún legislador? ¿No sería acaso norma jurídica una medida debidamente aprobada, si quienes la votaron no conocían su significado (como seguramente ocurre con más de un artículo de una Ley Financiera inglesa)?

Estas son algunas de las más importantes entre las numerosas objeciones posibles. Parece obvio que habrá que introducir

alguna modificación al modelo simple original para hacernos cargo de ellas, y puede ocurrir que una vez que hayamos hecho los ajustes necesarios, la noción de órdenes generales respaldadas por amenazas resulte transformada en grado tal que no podamos ya reconocerla.

Las objeciones mencionadas se dividen en tres grupos principales. Algunas se refieren al *contenido* de las normas jurídicas, otras a su *origen*, y otras a su *ámbito de aplicación*. Los sistemas jurídicos sin excepción *parecen*, en todo caso, incluir normas que en relación con uno o más de esos tres aspectos difieren del modelo de órdenes generales que hemos construido. En el resto de este capítulo consideraremos en forma separada estos tres tipos de objeciones. Dejaremos para el próximo una crítica más fundamental, a saber, la de que, al margen de estas objeciones en razón del contenido, origen y ámbito de aplicación, toda la concepción de un soberano independiente y supremo, habitualmente obedecido, sobre la que descansa el modelo, es equívoca, puesto que poco hay que concuerde con ella en los sistemas jurídicos reales.

1. EL CONTENIDO DE LAS NORMAS JURIDICAS

El derecho penal es algo que obedecemos o desobedecemos; lo que sus reglas exigen es calificado de "deber". Si desobedecemos se dice que ha habido una "infracción" al derecho y que lo que hemos hecho es jurídicamente "incorrecto" (*"wrong"*), la "transgresión de un deber", o un "delito" (*"offence"*). La ley penal cumple la función de establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esa ley se aplica, cualquiera sean los deseos de éstos. La pena o "sanción" que las normas imputan a las infracciones o violaciones del derecho penal busca crear un motivo para que los hombres se abstengan de esas actividades (aunque la pena pueda servir otro propósito). En todos estos aspectos hay, al menos, una fuerte analogía entre el derecho penal y sus sanciones, por un lado, y las órdenes generales respaldadas por amenazas de nuestro modelo, por el otro. Existe también alguna analogía (a pesar de

las muchas e importantes diferencias) entre tales órdenes generales y las normas que regulan la responsabilidad extracontractual (*law of torts*), cuyo objetivo primordial es resarcir a los individuos los daños sufridos como consecuencia de la conducta de otros. También aquí se dice que las reglas que determinan qué tipos de conducta constituyen ilícitos civiles que dan lugar a acciones judiciales, imponen a las personas, con prescindencia de sus deseos, "deberes (u "obligaciones") de abstenerse de tal conducta. A ese comportamiento se lo denomina "violación de un deber" y a la indemnización u otros remedios jurídicos, "sanción". Pero existen importantes clases de normas jurídicas respecto de las cuales esta analogía con órdenes respaldadas por amenazas no cabe en absoluto, por cuanto ellas cumplen una función social totalmente distinta. Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho.

La potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas. La radical diferencia de función entre las normas que acuerdan dichas potestades y una ley penal se refleja en muchos de nuestros modos corrientes de hablar acerca de las normas de aquella clase. Al otorgar nuestro testamento podemos "cumplir" o no con lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Testamentos de 1837, en cuanto al número de testigos. Si no cumplimos, el documento no será un testamento "válido" que crea derechos y deberes; será un "acto nulo" sin "fuerza" o "efecto" jurídicos. Pero aunque sea un acto nulo, nuestra falta de cumplimiento con la cláusula legal no es una

"infracción" o una "violación" de ninguna obligación o deber, ni un "delito" ("offence"), y sería un factor de confusión concebirla en tales términos.

Si examinamos las diversas reglas jurídicas que confieren potestades a los particulares, veremos que ellas, a su vez, pueden agruparse en tipos diferenciables. Así, tras la potestad para otorgar testamentos o celebrar contratos hay reglas relativas a la *capacidad* o condición personal mínima (tal como ser mayor de edad y cuerdo) que deben tener aquellos que ejerciten dicha potestad. Otras reglas detallan la forma y manera en que la potestad ha de ser ejercida, y determinan si los testamentos o los contratos pueden ser hechos verbalmente o por escrito, y en este último caso, cómo han de ser realizados y autenticados. Otras reglas delimitan la variedad, o el plazo máximo o mínimo de duración, de las estructuras de derechos y deberes que los individuos pueden crear mediante tales actos jurídicos. Son ejemplos de tales reglas las normas de orden público relativas a los contratos, o las reglas contra *accumulations** en los testamentos o transacciones.

Más adelante consideraremos los intentos hechos por los juristas para asimilar aquellas normas jurídicas que acuerdan facilidades o potestades y expresan "Si quiere hacer esto, esta es la manera de hacerlo", a las leyes penales que, a semejanza de las órdenes respaldadas por amenazas, expresan "Haga esto, lo quiera o no". Aquí consideraremos, empero, una clase adicional de normas que también confieren potestades jurídicas pero, a diferencia de las que acabamos de examinar, potestades públicas u oficiales y no de naturaleza privada. Se encuentran ejemplos de ellas en las tres ramas —judicial, legislativa y administrativa— en que habitualmente, aunque en forma vaga, se divide al gobierno.

* En la terminología del *common law* la palabra *accumulation* designa la capitalización continuada de los intereses o frutos de un bien para beneficio futuro de alguna persona o personas. Las reglas contra *acumulations* limitan la voluntad de quien trasmite un bien por acto entre vivos o por testamento, en lo que hace a la disponibilidad futura de los intereses o frutos del mismo. (N. del T.).

Consideremos primero aquellas normas en que se basa el funcionamiento de un tribunal. Algunas de ellas especifican el objeto y contenido de la jurisdicción del juez, o, como suele decirse, le dan "potestad para conocer" en ciertos tipos de casos. Otras especifican el modo de designación, las condiciones requeridas para ocupar el cargo, y la estabilidad en la función judicial. Otras suministran cánones de conducta judicial correcta y determinan el procedimiento que debe seguirse ante el tribunal. En la *County Courts Act,* 1959, en la *Court of Criminal Appeal Act,*1907, o en el título 28 del *United States Code,* se encuentran ejemplos de tales reglas, que forman algo así como un código judicial. Es beneficioso observar la variedad de cláusulas contenidas en estas leyes para la constitución y funcionamiento normal de un tribunal. Pocas de ellas parecen ser a primera vista órdenes dadas al juez para que haga o se abstenga de hacer algo; porque si bien no hay razones, por supuesto, para que el derecho, mediante reglas especiales, no prohiba a los jueces, bajo una pena, excederse en la jurisdicción o decidir un caso en el que tengan interés patrimonial, estas reglas que impondrían tales deberes jurídicos serían adicionales a las que confieren potestades judiciales a los jueces y definen su jurisdicción. Porque el objeto de las reglas que confieren esas potestades no es disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino definir las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas.

Es instructivo examinar con cierto detenimiento una cláusula típica que especifica la extensión de la jurisdicción de un tribunal. Podemos tomar como un ejemplo muy simple el artículo de la *County Courts Act* (con las reformas de 1959), que acuerda jurisdicción a los tribunales de condado para conocer de las demandas por reivindicación de inmuebles. Su lenguaje, que dista mucho del de las "órdenes", es como sigue:

> Un tribunal de condado tendrá jurisdicción para conocer y decidir en cualquier acción por reivindicación de inmuebles en los casos en que el valor anual neto del inmueble a los fines impositivos no exceda de 100 libras [1].

[1] Artículo 48 (1).

Si el juez de un tribunal de condado excede su jurisdicción al intervenir en un caso de reivindicación de inmuebles de un valor anual superior a las 100 libras, y dicta una decisión respecto de ese inmueble, ni él ni las partes en el litigio cometen un *delito* (*offence*). La posición, sin embargo, no es exactamente igual a la que se presenta cuando un particular realiza algo que es "nulo" por falta de cumplimiento de una condición esencial para el ejercicio válido de alguna potestad jurídica. Si alguien que tenía la intención de testar omite firmar su testamento o procurarse dos testigos del acto, lo que escribe carece de *status* o efecto jurídico. La decisión de un tribunal no es tratada de esa manera aún cuando exceda claramente la jurisdicción de aquél. Obviamente, es en interés del orden público que la decisión de un tribunal debe tener autoridad de derecho hasta que un tribunal superior declare su invalidez, aún cuando se trate de una decisión que jurídicamente el primero no debió haber dictado. Por ello, mientras no sea dejada sin efecto en la alzada por tratarse de una resolución dictada con exceso de jurisdicción, sigue siendo una resolución jurídicamente efectiva entre las partes, que será ejecutada. Pero tiene un defecto jurídico: está *sujeta* (*liable*) a ser dejada sin efecto o "anulada" ("*quashed*") en razón de la falta de jurisdicción. Es menester anotar que existe una diferencia importante entre lo que en Inglaterra se denomina usualmente la "revocación" por un tribunal superior de una resolución dictada por uno inferior, y su "anulación" ("*quashing*") por falta de jurisdicción. Si una resolución es revocada, es porque se considera que lo que el tribunal inferior dijo acerca del derecho aplicable al caso, o acerca de los hechos, es equivocado. Pero la decisión de un tribunal inferior que es "anulada" ("*quashed*") por falta de jurisdicción puede ser impecable en ambos aspectos. No es lo *dicho* o *resuelto* por el Juez lo que está mal, sino el hecho de que *él* lo haya dicho o resuelto. Ha pretendido hacer algo para lo que no está jurídicamente capacitado, aunque otros tribunales pueden estarlo. Pero salvo por la complicación de que, en el interés del orden público, una decisión emitida con exceso de jurisdicción se mantiene en pie

hasta que sea "anulada" (*"quashed"*) por un tribunal superior, la conformidad o no conformidad con las reglas de la jurisdicción es igual a la conformidad o no conformidad con las reglas que definen las condiciones para el ejercicio válido de las potestades jurídicas por los particulares. La relación entre la acción conforme con la regla y esta última no es bien expresada con las palabras "obedecer" y "desobedecer", que se adaptan mejor al caso del derecho penal donde las reglas son análogas a las órdenes.

Una ley que confiere potestades legislativas a una autoridad subordinada ejemplifica igualmente un tipo de regla jurídica que no puede, sin deformación, ser asimilada a una orden general. También aquí, como ocurre con el ejercicio de potestades privadas, la conformidad con las condiciones especificadas por las reglas que confieren las potestades legislativas es un paso semejante a una "jugada" en un juego tal como el ajedrez; tiene consecuencias definibles en términos de las reglas, y el sistema habilita a las personas para alcanzar esas consecuencias. La legislación es un ejercicio de potestades jurídicas "operativas" o efectivas en la creación de derechos subjetivos y deberes. La no conformidad con las condiciones establecidas por la regla habilitante hace que lo realizado carezca de efectividad y sea, a estos fines, un acto nulo.

Las reglas que se encuentran en la base del ejercicio de potestades legislativas son aún más diversas que aquellas en que se basa la jurisdicción de un tribunal, porque en las primeras es menester contemplar muchos diferentes aspectos de la legislación. Así, algunas reglas especifican la materia sobre la cual puede ser ejercida la potestad legislativa; otras determinan las condiciones que deben reunir los miembros del cuerpo legislativo o su identidad; otras, la manera y la forma de la legislación y el procedimiento a ser seguido por el cuerpo legislativo. Estas sólo son unas pocas de las cuestiones relevantes; una ojeada a cualquier ley que, tal como la *Municipal Corporations Act*, de 1882, confiere y define las potestades de un cuerpo legislativo inferior, revelará muchas más. La consecuencia de la no conformi-

dad con tales reglas puede no ser siempre la misma, pero siempre habrá algunas reglas cuya inobservancia hace que el pretendido ejercicio de potestad legislativa sea un acto nulo, o, como en el caso de la decisión de un tribunal inferior, susceptible de ser declarado inválido. A veces las normas acuerdan valor definitivo, en lo que hace al procedimiento interno, a un certificado en el que conste que los procedimientos exigidos han sido observados, y a veces las personas que sin reunir las condiciones establecidas en las reglas hayan participado en procedimientos legislativos pueden ser pasibles de una pena, con arreglo a normas penales especiales que hacen de ello un delito. Pero, aunque parcialmente oculta por estas complicaciones, hay una diferencia radical entre las reglas que confieren potestades legislativas y definen la manera de su ejercicio, y las reglas del derecho penal que se asemejan a órdenes respaldadas por amenazas.

En algunos casos sería ridículo asimilar estos dos tipos amplios de reglas. Si una medida obtiene en un cuerpo legislativo la mayoría de votos necesaria, y es así debidamente aprobada, los que votaron en favor de ella no han "obedecido" la regla que requiere que las decisiones sean tomadas por aquella mayoría, ni los que votaron en contra han obedecido o desobedecido esa regla; lo mismo puede decirse si la medida no llega a obtener la mayoría necesaria y por lo tanto no se aprueba norma alguna. La radical diferencia de función entre tales reglas impide aquí el uso de la terminología apropiada a la conducta en su relación con las reglas del derecho penal.

Todavía no se ha llevado a cabo una taxonomía de las variedades de normas incluidas en un sistema jurídico moderno, que sea completa y detallada y esté libre del prejuicio de que todas ellas *tienen* que ser reducibles a un tipo simple único. Al clasificar ciertas normas jurídicas bajo los rótulos muy toscos de normas que confieren potestades y de normas que imponen deberes y son análogas a las órdenes respaldadas por amenazas, sólo hemos dado un primer paso. Pero quizás haya bastado para mostrar que algunas de las características distintivas de un sistema jurídico consisten en que el sistema, mediante reglas del primer

tipo, provee al ejercicio de potestades jurídicas privadas y públicas. Si tales reglas de ese tipo distintivo no existieran, nos faltarían algunos de los conceptos más familiares de la vida social, puesto que éstos presuponen lógicamente la existencia de aquellas. Tal como no podría haber delitos, y por lo tanto no podría haber homicidios ni robos, si no hubiera normas penales del tipo imperativo que se parecen a las órdenes respaldadas por amenazas, así no podría haber compra ventas, ni donaciones, ni testamentos, ni matrimonios, si no hubiera reglas que confieren potestades; porque estas últimas cosas, al igual que las decisiones de los tribunales y las medidas sancionadas por los cuerpos legislativos, no son otra cosa que el ejercicio válido de potestades jurídicas.

Sin embargo, el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica y puesto que no es en modo alguno algo desdoroso debemos considerar dos argumentos alternativos en favor de ella que han recibido el apoyo de grandes juristas. Estos argumentos están dirigidos a mostrar que la distinción entre las variedades de normas jurídicas que hemos destacado es superficial, cuando no irreal, y que "en último término" la noción de órdenes respaldadas por amenazas es adecuada para el análisis de las reglas que confieren potestades, como lo es para el de las reglas del derecho penal. Tal como ocurre con la mayor parte de las concepciones que han persistido durante mucho tiempo en la teoría jurídica, hay un elemento de verdad en estos argumentos. Por cierto existen puntos de semejanza entre las reglas jurídicas de los dos tipos que hemos distinguido. En ambos casos las acciones pueden ser criticadas o valoradas, con referencia a las reglas, como jurídicamente correctas o incorrectas. Tanto las reglas que confieren potestad para otorgar un testamento como la regla del derecho penal que prohibe el robo bajo pena, constituyen *pautas o criterios de conducta* (*standards*) para la apreciación crítica de acciones determinadas. Quizás esto es lo que se quiere decir al designar a ambas como reglas. Además es importante advertir que las reglas del tipo de aquellas que confieren potestades, aunque distintas de las reglas que imponen deberes y que

tienen por ello, cierta analogía con las órdenes respaldadas por amenazas, están siempre relacionadas con tales reglas; porque las potestades que ellas confieren son potestades para crear reglas generales del último tipo, o para imponer deberes a particulares que, de otra manera, no estarían sometidos a ellos. Esto adquiere máxima claridad cuando la potestad conferida es de aquellas que ordinariamente serían denominadas potestades legislativas. Pero, como veremos seguidamente, también es verdad en el caso de otras potestades jurídicas. Podría decirse, a costa de alguna impropiedad, que mientras que las reglas semejantes a las del derecho penal imponen deberes, las reglas que confieren potestades son fórmulas para la creación de ellos.

La nulidad como una sanción.

El primer argumento dirigido a mostrar la identidad fundamental de las dos clases de reglas, y a exhibirlas como órdenes coercitivas, concentra su atención en la "nulidad" que sobreviene cuando no es satisfecha alguna condición esencial para el ejercicio de la potestad. La nulidad, se pretende, a semejanza del castigo imputado por la norma penal, es un mal o sanción amenazado, impuesto por el derecho a raíz de la transgresión a la regla; aunque se admite que en ciertos supuestos esta sanción puede significar únicamente una pequeña molestia. A esta luz se nos invita a considerar el caso de alguien que trata de hacer cumplir jurídicamente, como contractualmente obligatoria, una promesa que otro le ha hecho por escrito, y descubre, para su pesar, que como no fue otorgada bajo sello y no hubo *consideration* a cambio de ella, la promesa es jurídicamente nula. Del mismo modo, se nos invita a concebir a la regla que establece que un testamento sin dos testigos carece de eficacia, como una regla que impulsa a los testadores a cumplir con el artículo 9 de la Ley de Testamentos, tal como la idea de la prisión nos impulsa a obedecer las normas del derecho penal.

Nadie podría negar que, en algunos casos, existen estas asociaciones entre la nulidad y factores psicológicos tales como

la frustración de la esperanza de que una transacción será válida. A pesar de ello, extender la idea de sanción hasta incluir la de nulidad es una fuente (y un signo) de confusión. Son bien conocidas algunas objeciones menores a ese proceder. Así, en muchos casos, la nulidad puede no ser un "mal" para la persona que no ha satisfecho alguna condición exigida para la validez jurídica. Un juez puede no tener interés material en la validez de su resolución o ella puede serle indiferente; un litigante que verifica que el contrato por el que se lo demanda no es obligatorio para él porque al celebrarlo era menor de edad, o porque no firmó el memorandum escrito exigido para ciertos contratos, podría no reconocer aquí un "mal amenazado" o una "sanción". Pero al margen de estas objeciones triviales, que con un poco de ingenio se podrían superar, la nulidad no puede, por razones más importantes, ser asimilada a un castigo establecido por una regla como estímulo para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohibe. En el caso de una regla del derecho penal podemos identificar y distinguir dos cosas: un cierto tipo de conducta que la regla prohibe, y una sanción destinada a desalentar dicha conducta. Pero ¿cómo podríamos ver a esta luz actividades socialmente deseables tales como la que cumplen los hombres cuando se intercambian promesas que no satisfacen las exigencias legales en cuanto a la forma? Esto, a diferencia de la conducta desalentada por el derecho penal, no es algo que las reglas jurídicas que establecen formalidades para los contratos estén dirigidas a suprimir. Simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico. Más absurdo aún es considerar como sanción el hecho de que una medida legislativa no llega a alcanzar el *status* de ley si no obtiene una mayoría necesaria. Asimilar este hecho a las sanciones del derecho penal, equivaldría a concebir las reglas de tanteo (*scoring rules*) de un juego como dirigidas a eliminar todas las jugadas salvo la conversión de tantos. Si esto tuviera éxito sería el fin de todos los juegos. Y sin embargo sólo si concebimos las reglas que confieren potestades como destinadas a hacer que la gente se comporte de cierta manera, añadiendo la "nulidad" como un motivo pa-

ra la obediencia, podemos asimilar tales reglas a las órdenes respaldadas por amenazas.

La confusión en que se incurre al concebir a la nulidad como semejante al mal amenazado, o a las sanciones del derecho penal, puede ser puesta de relieve de otra manera. En el caso de las reglas del derecho penal, es lógicamente posible y podría ser deseable que hubiera tales reglas aún cuando no se amenazara con castigo u otro mal. Se puede sostener, por supuesto, que en tal caso no habría reglas *jurídicas*; sin embargo, podemos distinguir claramente la regla que prohibe cierta conducta, por un lado, y el establecimiento de sanciones a ser aplicadas si la regla es transgredida, por otro, y suponer que la primera existe sin la segunda. Podemos, en cierto sentido, quitar la sanción y dejar una pauta, o criterio de conducta, inteligible que aquella estaba destinada a hacer observar. Pero no hay la posibilidad lógica de hacer tal distinción entre la regla que requiere el cumplimiento de ciertas condiciones, por ejemplo, la firma de testigos para que haya un testamento válido, y la llamada sanción de "nulidad". En este caso, si el no cumplimiento de esta condición no trajera aparejada la nulidad, no podría decirse inteligiblemente que la regla existe sin sanciones, ni siquiera como regla no jurídica. El establecimiento de la nulidad es *parte* de la regla misma de este tipo, de una manera distinta a como el castigo está ligado a una regla que impone deberes. Si el hecho de que la pelota no pase entre los postes, no significara un "acto nulo" (la no conversión de un tanto), no se podría decir que existen reglas de tanteo.

El argumento que hemos criticado aquí es un intento de mostrar la identidad fundamental de las reglas que confieren potestad y de las órdenes coercitivas, *ampliando* el significado de sanción o mal amenazado, de modo de incluir en él la nulidad de un acto jurídico cuando en su otorgamiento no se ha cumplido con tales reglas. El segundo argumento que consideraremos sigue una línea diferente, en realidad una línea opuesta. En lugar de tratar de mostrar que estas reglas son una especie de órdenes coercitivas, les niega el *status* de "derecho". Para ex-

cluirlas *restringe* el significado de la palabra "derecho". La forma general de este argumento, que es expuesto de manera más o menos extrema por diferentes juristas, consiste en afirmar que aquellas que en forma no rigurosa o según patrones populares de expresión son aludidas como reglas completas de derecho, en realidad son fragmentos incompletos de reglas coercitivas, que son las únicas reglas de derecho "genuinas".

Las reglas que confieren potestad como fragmentos de normas jurídicas.

En su versión extrema este argumento negaría que aun las reglas del derecho penal, tal como se las formula generalmente, son normas genuinas. Es en esta forma que el argumento ha sido adoptado por Kelsen: "El derecho es la norma primaria que establece la sanción"[2] No hay norma jurídica que prohiba el homicidio: sólo hay una norma jurídica que prescribe que los funcionarios apliquen ciertas sanciones en ciertas circunstancias a aquellos que cometan homicidio. De acuerdo con este modo de ver, lo que ordinariamente es concebido como el contenido del derecho, destinado a guiar la conducta de los ciudadanos ordinarios, no es más que el antecedente o "cláusula condicionante" de una regla que no está dirigida a ellos sino a los funcionarios, a quienes les ordena aplicar ciertas sanciones si se han dado determinadas condiciones. Todas las normas genuinas, según este modo de ver, son órdenes condicionales a los funcionarios para que apliquen sanciones. Todas tienen esta forma: "Si se hace, omite u ocurre algo del género X, entonces aplique una sanción del género Y".

Mediante una elaboración cada vez mayor del antecedente o cláusula condicionante, las reglas jurídicas de todo tipo, incluso las que confieren potestades privadas o públicas, y definen la manera de su ejercicio, pueden ser reformuladas en esta forma condicional. Así, las provisiones de la Ley de Testamentos

[2] *General Theory of Law and State*, pág. 63. Ver *supra* pág. 2.

que exigen dos testigos para el acto, se presentarían como una parte común de muchas diferentes directivas a los tribunales para que apliquen sanciones al albacea que, en transgresión de las cláusulas del testamento, se rehuse a pagar los legados: "Si y sólo si hay un testamento debidamente otorgado ante testigos, que contenga esas cláusulas y si... entonces deben aplicarse sanciones al albacea". Del mismo modo, una regla que determina el ámbito de la jurisdicción de un tribunal se presentaría como una parte común de las condiciones a ser satisfechas antes de aplicarse cualquier sanción. Así, también, las reglas que confieren potestades legislativas y que definen la manera y la forma de la legislación (incluyendo las cláusulas constitucionales referentes a la legislatura suprema) pueden ser igualmente reformuladas y presentadas como especificando ciertas condiciones comunes, de cuyo cumplimiento (junto con el de otras) depende que los tribunales apliquen las sanciones mencionadas en las leyes. Esta teoría nos invita, pues, a desenmarañar la sustancia de las formas que la oscurecen; veremos entonces que formas constitucionales como "lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho", o como las cláusulas de la constitución norteamericana referentes a la potestad legislativa del Congreso, especifican simplementes las condiciones generales bajo las que los tribunales han de aplicar sanciones. Estas formas son esencialmente "cláusulas condicionantes", no reglas completas: "*Si* la Reina en Parlamento lo ha sancionado así...", o "*si* el Congreso, dentro de los límites establecidos en la Constitución, lo ha sancionado así...", son formas de condiciones comunes a un vasto número de directivas a los tribunales para que apliquen sanciones o castiguen ciertos tipos de conducta.

Esta es una formidable e interesante teoría, que se propone revelar la naturaleza verdadera y uniforme del derecho, latente por debajo de una variedad de formas y expresiones comunes que la oscurecen. Antes de considerar sus defectos ha de observarse que, en esta versión extrema, ella implica un cambio respecto de la concepción original del derecho como consistente en órdenes respaldadas por amenazas de sanciones que han de

aplicarse cuando las órdenes son desobedecidas. En lugar de ello, la concepción central es ahora que las órdenes están dirigidas a los funcionarios para que apliquen sanciones. Según este modo de ver no es necesario que haya una sanción prescripta para la *transgresión* de cada norma jurídica; sólo es necesario que toda norma jurídica "genuina" prescriba la aplicación de alguna sanción. Así, bien puede ser el caso que un funcionario que no acate tales directivas no sea punible; y por supuesto esto suele ocurrir en muchos sistemas jurídicos.

Esta teoría general, como hemos dicho, puede adoptar una de dos formas, una menos extrema que la otra. En la forma menos extrema, la concepción original del derecho (que muchos hallan intuitivamente más aceptable) como órdenes respaldadas por amenazas dirigidas, entre otros, a los ciudadanos ordinarios, es preservada por lo menos para aquellas reglas que, desde el punto de vista del sentido común, se refieren primordialmente a la conducta de los ciudadanos, y no simplemente a los funcionarios. Las reglas del derecho penal, según este punto de vista más moderado, son normas jurídicas tal como se presentan, y no necesitan ser reformuladas como fragmentos de otras reglas completas; porque ellas ya son órdenes respaldadas por amenazas. La reformulación, empero, es necesaria en los otros casos. Las reglas que confieren potestades jurídicas a los particulares son, tanto para esta teoría como para la más extrema, simples fragmentos de las normas completas reales, las órdenes respaldadas por amenazas. Estas últimas deben ser descubiertas preguntándonos: ¿A qué personas ordena el derecho hacer cosas, bajo una pena si no cumplen? Cuando esto es conocido, las cláusulas de reglas tales como las de la Ley de Testamentos de 1837, en relación con los testigos del acto, y otras reglas que confieren potestades a los individuos y que definen las condiciones para el ejercicio válido de ellas, pueden ser reformuladas como que especifican algunas de las condiciones bajo las cuales surge, en definitiva, tal deber jurídico. Ellas aparecerán entonces como parte del antecedente o "cláusula condicionante" de órdenes condicionales respaldadas por amenazas o de reglas que imponen deberes. "Si y sólo si un

testamento ha sido firmado por el testador ante dos testigos en la forma especificada y si . . . entonces el albacea (u otro representante legal) deberá ejecutar lo establecido en el testamento". Las reglas referentes a la celebración de contratos se presentarán, de modo semejante, como meros fragmentos de reglas que, si se dan ciertos hechos, o si se dicen o efectúan ciertas cosas (si el contratante es mayor de edad, si se ha obligado bajo sello o dado *consideration*) ordenan a las partes hacer lo que según el contrato debe ser hecho.

Una reformulación de las reglas que confieren potestades legislativas (incluyendo las disposiciones de una constitución relativas a la legislatura suprema), de modo de representarlas como "fragmentos" de las reglas reales, puede ser llevada a cabo de acuerdo con líneas similares a las ya explicadas en la página 46 en el caso de la versión más extrema de esta teoría. La única diferencia es que en la versión más moderada las reglas que confieren potestades son representadas por los antecedentes o cláusulas condicionantes que ordenan hacer algo a los ciudadanos ordinarios, bajo amenazas de sanciones, y no meramente (como en la teoría más extrema) como las cláusulas condicionantes de directivas a los funcionarios para que apliquen sanciones.

Ambas versiones de esta teoría aparentemente intentan reducir variedades distintas de reglas jurídicas a una forma única que, se pretende, exhibe la quintaesencia del derecho. Ambas, de diferentes maneras, hacen de la sanción un elemento centralmente importante, y ambas fracasan si se demuestra que es perfectamente concebible el derecho sin sanciones. Esta objeción general, sin embargo, tendrá que ser dejada para más adelante. La crítica específica de ambas formas de la teoría que desarrollaremos aquí es que ellas pagan un precio demasiado elevado para adquirir la agradable uniformidad a que reducen todo el derecho, pues deforman las diferentes funciones sociales que los diferentes tipos de reglas cumplen. Esto se aplica a ambas formas de la teoría, pero es más evidente en la reformulación del derecho penal exigida por la versión más extrema.

La deformación como precio de la uniformidad

Vale la pena considerar la deformación que esta reformulación lleva a cabo porque ella ilumina muchos diferentes aspectos del derecho. Hay numerosas técnicas para el control de la sociedad, pero la *técnica característica* del derecho penal consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella: se espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas les son aplicables y adecúen su comportamiento a las mismas. Sólo cuando el derecho es transgredido, y esta función primaria fracasa, toca a los funcionarios identificar el hecho de la transgresión e imponer la sanción amenazada. Lo que es distintivo de esta técnica, comparada con las órdenes individualizadas, cara a cara, que un funcionario, tal como un agente de tránsito, podría dar a un conductor, es que los miembros de la sociedad tienen que descubrir las reglas a su riesgo y adecuar su conducta a ellas; en este sentido "se aplican" las reglas a sí mismos, aunque la sanción adosada a la regla les proporciona un motivo para dicha adecuación. Obviamente ocultaremos la forma característica en que estas reglas funcionan si nos concentramos en las que exigen a los tribunales imponer la sanción en caso de desobediencia o consideramos que estas últimas son primarias; porque tales reglas preveen la quiebra o el fracaso del propósito primario del sistema. Ellas pueden en verdad ser indispensables, pero son accesorias.

La idea de que las reglas sustantivas del derecho penal tienen como función (y, en sentido amplio, como significado) guiar no sólo a los órganos que aplican un sistema de penas, sino también a los ciudadanos ordinarios en las actividades de la vida no oficial, no puede ser eliminada sin arrojar por la borda distinciones cardinales y sin oscurecer el carácter específico del derecho como medio de control social. La sanción por un delito, tal como una multa, no es lo mismo que un impuesto a cierta actividad,

aunque en ambos casos haya de por medio directivas a funcionarios para infligir el mismo daño patrimonial. Lo que distingue estas ideas es que la primera, a diferencia de la segunda, implica el incumplimiento de un deber, en la forma de una violación de una regla establecida como guía para la conducta de los ciudadanos ordinarios. Es verdad que esta distinción, generalmente clara, en ciertas circunstancias puede resultar borrosa. Se pueden establecer impuestos no para obtener ingresos sino para desalentar las actividades gravadas, aunque el derecho no suministre indicaciones expresas en el sentido de que éstas deben ser abandonadas, como lo hace cuando las "transforma en delictuosas". Inversamente, las multas a abonar por algún delito penal pueden, en razón de la depreciación de la moneda, llegar a ser tan pequeñas que se las paga con gusto. Quizás entonces se las considera "meros impuestos", y "los delitos" son frecuentes, porque en tales circunstancias se pierde la noción de que la regla, como el grueso del derecho penal, está para que se la tome en serio en tanto que pauta o criterio de conducta. En apoyo de teorías como la que examinamos se sostiene a veces que, al reformular el derecho en la forma de una directiva para aplicar sanciones, se gana en claridad, puesto que esta forma pone de manifiesto todo lo que el "mal hombre" necesita saber acerca de aquél. Esto puede ser cierto, pero parece una defensa inadecuada para la teoría. ¿Por qué el derecho no habría de preocuparse igual, si no más, del "hombre desconcertado" o del "hombre ignorante" que está dispuesto a hacer lo que corresponde, con tal que se le diga en qué consiste? ¿O del "hombre que quiere arreglar sus asuntos", con tal que se le diga cómo hacerlo? Por supuesto que para comprender el derecho es muy importante ver cómo lo administran los tribunales cuando llega el momento de aplicar sus sanciones. Pero esto no puede llevarnos a pensar que todo cuanto hay que comprender es lo que pasa en los tribunales. Las principales funciones del derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados o en las causas penales, que representan provisiones vitales, pero no obstante ello accesorias, para las fallas del sistema. Han de ser vistas en las

diversas formas en que el derecho es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales.

Podemos comparar la inversión de lo secundario y de lo principal, que esta forma extrema de la teoría efectúa, con la siguiente sugestión para reformular las reglas de un juego. Al estudiar las reglas del fútbol, un teórico podría pretender que ha descubierto una uniformidad oculta por la terminología de las reglas y por la pretensión convencional de que algunas de ellas están primordialmente dirigidas a los jugadores, otras a las autoridades (árbitro y *linesmen*), y algunas a unos y otras. "Todas las reglas", podría sostener el teórico, "son *realmente* reglas dirigidas a las autoridades para que hagan ciertas cosas bajo ciertas condiciones". Las reglas que establecen que el hecho de que la pelota pase entre los postes constituye un gol, o que tocar la pelota con la mano constituye una falta, son en realidad complejas directivas para el árbitro; en el primer caso para que registre el gol convertido, y en el otro para que ordene un tiro libre. La protesta natural es que la uniformidad impuesta sobre las reglas por esta transformación de ellas oculta los modos en que las mismas operan y las maneras en que los jugadores las usan al guiar actividades orientadas por propósitos, y oscurece así la función de esas reglas en la empresa social cooperativa, aunque competitiva, que es el juego.

La forma menos extrema de la teoría dejaría intactas las normas jurídicas penales y todas las otras que imponen deberes, puesto que ellas se conforman ya al modelo simple de las órdenes coercitivas. Pero todas las reglas que confieren potestades jurídicas y definen la manera de su ejercicio tendrían que ser reducidas a esa única forma. En esto queda expuesta a la misma crítica que la forma extrema de la teoría. Si consideramos a todas las normas jurídicas simplemente desde el punto de vista de las personas a quienes se imponen los deberes, y reducimos todos los otros aspectos de ellas al *status* de condiciones más o menos elaboradas de la incidencia de los deberes sobre aquéllas, resultará que elementos que, por lo menos, son tan característicos del derecho como lo es el deber, y tan valiosos para la sociedad como

éste, serán tratados como algo meramente subordinado. Las reglas que confieren potestades privadas, para ser entendidas, tienen que ser consideradas desde el punto de vista de quienes ejercen dichas potestades. Aparecen entonces como un elemento adicional introducido por el derecho en la vida social, por encima del elemento de control coercitivo. Esto es así porque la posesión de estas potestades jurídicas hace que el ciudadano particular, que, si no hubiera tales reglas, sería un mero soporte de deberes, se convierta en un legislador privado. Adquiere competencia para determinar el curso del derecho dentro de la esfera de los contratos, testamentos, *trusts*, y otras estructuras de derechos subjetivos y deberes que está habilitado para armar. ¿Por qué las reglas que son usadas de este modo especial, y que confieren esta considerable y característica ventaja, no han de ser reconocidas como distintas de las reglas que imponen deberes, cuya incidencia está en verdad parcialmente determinada por el ejercicio de tales potestades? Las reglas que confieren potestades son concebidas, aludidas y usadas en la vida social en forma diferente de las reglas que imponen deberes, y se las valora por razones diferentes. ¿Qué otras pruebas podrían aportarse para demostrar la diferencia de carácter?

La reducción de las reglas que confieren y definen las potestades legislativas y judiciales a enunciados de condiciones bajo las cuales surgen los deberes constituye, en la esfera pública, un similar factor de oscuridad. Quienes ejercen esas potestades para dictar medidas y órdenes dotadas de autoridad, usan estas reglas en una forma de actividad, guiada por un propósito, que difiere totalmente del cumplimiento de deberes o de la sumisión al control coercitivo. Representar estas reglas como meros aspectos o fragmentos de las reglas que imponen deberes es, aun más que en la esfera privada, oscurecer las características distintivas del derecho y de las actividades posibles dentro de su estructura. Porque la introducción en la sociedad de reglas que habilitan a los legisladores para reformar y crear reglas de deber, y a los jueces para determinar cuándo estas últimas han sido transgredidas, es un avance tan importante para la sociedad como la

invención de la rueda. No sólo fue un paso importante, sino que, como sostendremos en el capítulo IV, bien puede ser considerado como el paso que conduce del mundo prejurídico al mundo jurídico.

2. EL AMBITO DE APLICACION

De todas las variedades de normas jurídicas, la ley penal es obviamente la que se aproxima más al modelo simple de las órdenes coercitivas. Sin embargo, aun estas normas tienen ciertas características, examinadas en este apartado, para las cuales el modelo puede cegarnos, y que no entenderemos mientras sigamos bajo la influencia de él. La orden respaldada por amenazas es esencialmente la expresión de un deseo de que *otros* hagan o se abstengan de hacer ciertas cosas. Es posible, por supuesto, que la legislación pudiera asumir esta forma y que las leyes estuvieran exclusivamente dirigidas a otros. Un monarca absoluto, que ejerce el poder legislativo, puede, en ciertos sistemas, ser considerado siempre fuera del alcance de las leyes que dicta; y aun en un sistema democrático pueden dictarse normas que no se aplican a aquellos que las sancionan, sino únicamente a clases especiales indicadas en las reglas. Pero el ámbito de aplicación de una norma jurídica es siempre una cuestión de interpretación del precepto. Al interpretarlo puede incluirse o excluirse a aquellos que lo dictaron y, por supuesto, hoy se aprueban muchas leyes que imponen obligaciones jurídicas a sus autores. La legislación, a diferencia del mero ordenar *a otros* hacer cosas bajo amenazas, puede perfectamente bien tener tal fuerza auto-obligatoria. Nada hay en ella que *esencialmente* excluya esa posibilidad. Este es un fenómeno jurídico que sólo es desconcertante si, bajo la influencia del modelo, concebimos a las normas jurídicas como establecidas siempre por un hombre u hombres que están por encima del derecho para otros que se hallan sometidos a él.

Esta imagen vertical, o "de arriba hacia abajo", del derecho, tan atractiva en su simplicidad, sólo puede ser reconciliada con la realidad mediante el recurso de distinguir la persona del le-

gislador en su carácter o capacidad oficial, de la persona del legislador en su carácter o capacidad particular. Actuando en el primer carácter dicta normas que imponen obligaciones a otras personas, inclusive a sí mismo en su "carácter privado". No hay nada objetable en estas formas de expresión, pero la noción de capacidades diferentes, como veremos en el capítulo IV, sólo es inteligible en términos de reglas de derecho que confieren potestades y estas reglas no pueden ser reducidas a órdenes coercitivas. Al propio tiempo, es menester observar que este complicado recurso es en realidad totalmente innecesario; podemos explicar el carácter auto-obligatorio de la sanción legislativa sin apelar a él. Porque tenemos a mano, tanto en la vida diaria como en el derecho, algo que nos permite entenderlo mucho mejor. Se trata del funcionamiento de una *promesa* que, en múltiples maneras, es un modelo mucho mejor que el de las órdenes coercitivas para comprender numerosas características del derecho, aunque no todas ellas.

Prometer es decir algo que crea una obligación para el promitente: para que las palabras tengan este tipo de efecto, tienen que existir reglas que establezcan que si se usan palabras por personas apropiadas en ocasiones apropiadas (por ejemplo, por personas cuerdas que entienden su posición y que no están sometidas a presión de diversos tipos), quienes las usen están obligados a hacer las cosas que ellas designan. Así, cuando prometemos, nos valemos de procedimientos especificados para cambiar nuestra propia situación moral, imponiéndonos obligaciones y confiriendo derechos a los demás; en la jerga de los juristas, ejercemos "una potestad" conferida por reglas que nos facultan a hacer esto. Sería ciertamente posible, pero no útil, distinguir dos personas "dentro" del promitente: una que actúa como creadora de obligaciones y otra como persona obligada, y concebir que una ordena a la otra a hacer algo.

Del mismo modo podemos prescindir de este recurso para entender la fuerza auto-obligatoria de la legislación. Porque la elaboración de una ley, como la formulación de una promesa, presupone la existencia de ciertas reglas que rigen el proceso:

hay palabras que proferidas o escritas por las personas calificadas por estas reglas, siguiendo el procedimiento especificado por ellas, crean obligaciones para todos aquellos que se encuentran dentro del ámbito explícita o implícitamente designado por dichas palabras. Estas pueden incluir a aquellos que toman parte en el proceso legislativo.

Aunque existe esta analogía que explica el carácter auto-obligatorio de la legislación, hay, por supuesto, muchas diferencias entre la formulación de promesas y la formulación de leyes. Las reglas que rigen la última son mucho más complejas, y no aparece allí algo semejante al carácter bilateral de una promesa. Por lo común no hay ninguna persona que se halle en la posición especial de aquél *a quien* la promesa es hecha, que tiene un derecho especial, cuando no único, al cumplimiento. Desde este punto de vista, hay ciertas otras formas de auto-imposición de obligación conocidas por el derecho inglés, tales por ejemplo como aquélla en la que una persona se declara *trustee* * de propiedad para beneficio de otras, que ofrecen una analogía más cercana al aspecto auto-obligatorio de la legislación. Sin embargo, en general, la creación de normas por vía legislativa es algo que entenderemos mejor si tenemos en cuenta los métodos privados para crear obligaciones jurídicas particulares.

Lo que más falta hace como correctivo para el modelo de órdenes o reglas coercitivas, es una concepción nueva de la legislación como introducción o modificación de pautas o criterios generales de conducta a ser seguidos generalmente por la sociedad. El legislador no es necesariamente como el que da órdenes a otro, que está por definición fuera del alcance de lo que hace. A semejanza del que promete, ejercita potestades conferidas por reglas, y muy a menudo puede, mientras que el promitente *debe*, caer dentro de su ámbito.

* *Trustee* es la persona bajo cuyo control se coloca un patrimonio, un interés o una potestad, con el compromiso expreso o implícito de que lo administre o la ejerza para beneficio de otra persona, denominada el *cestui que trust*. (Black's Law Dictionary, 4ª Edición, p. 1684). [N. del T.].

3. MODOS DE ORIGEN

Hasta ahora hemos limitado nuestro examen de la diversidad de normas jurídicas a leyes que, a pesar de las diferencias que hemos destacado, tienen un punto saliente de analogía con las órdenes coercitivas. La sanción de una ley, al igual que el dar una orden, *es* un acto deliberado de origen cierto. Aquellos que toman parte en la legislación se valen conscientemente de un procedimiento para crear derecho, tal como el que da una orden usa conscientemente una forma de palabras para asegurar que sus intenciones sean reconocidas, y también acatadas. Concordantemente, las teorías que utilizan el modelo de las órdenes coercitivas para el análisis del derecho, pretenden que toda norma jurídica puede ser considerada, si prescindimos de sus apariencias, como semejante en este punto a la legislación, que debe su *status* de derecho a un acto deliberado de creación jurídica. El tipo de norma que más obviamente contradice esta pretensión es la costumbre; pero la discusión sobre si la costumbre es "realmente" derecho ha adolecido a menudo de confusión porque no se ha llegado a deslindar dos cuestiones distintas. La primera es si "la costumbre como tal" es derecho o no. El significado y el buen sentido de la respuesta negativa consiste en la verdad simple de que en toda sociedad hay muchas costumbres que no son parte de su derecho. El acto de no descubrirse en presencia de una dama no es una transgresión a ninguna regla de derecho; carece de *status* jurídico, salvo el de ser permitido por el derecho. Esto muestra que una costumbre sólo es derecho si pertenece a una clase de costumbres que es "reconocida" como derecho por un sistema jurídico particular. La segunda cuestión se refiere al significado de "reconocimiento jurídico". ¿Qué quiere decir que una costumbre es jurídicamente reconocida? ¿Consiste ello, como el modelo de las órdenes coercitivas lo requiere, en el hecho de que alguien, quizás "el soberano" o su representante, ha ordenado que la costumbre sea obedecida, de modo que su *status* como derecho se debe a algo que, en este aspecto, se asemeja al acto de legislación?

La costumbre no es una "fuente" de derecho muy importan-

te en el mundo moderno. Por lo común es una fuente subordinada, en el sentido de que la legislatura puede, mediante una ley, privar a una regla consuetudinaria de *status* jurídico; y en muchos sistemas los criterios que los tribunales aplican para determinar si una costumbre puede ser objeto de reconocimiento jurídico, están integrados por nociones tan flúidas como la de "razonabilidad", que por lo menos dan algún fundamento a la idea de que al aceptar o rechazar una costumbre los tribunales ejercen una discreción virtualmente incontrolada. Aun así, atribuir el carácter jurídico de una costumbre al hecho de que un tribunal o la legislatura o el soberano la han "ordenado", es adoptar una teoría que sólo puede ser sostenida si se acuerda a "ordenar" un significado tan amplio que aquélla queda desvirtuada.

Para exponer esta teoría del reconocimiento jurídico tenemos que recordar el papel desempeñado por el soberano en la concepción del derecho como órdenes coercitivas. Según esta concepción, el derecho es la orden del soberano o de un subordinado a quien aquél puede elegir para que dé órdenes en su nombre. En el primer caso, el derecho es creado por la orden del soberano en el sentido más literal de "orden". En el segundo caso, la orden dada por el subordinado sólo será considerada derecho si, a su vez, es dictada en cumplimiento de alguna orden emitida por el soberano. El subordinado debe tener alguna autoridad delegada por el soberano para dar órdenes en nombre de éste. A veces esa autoridad puede ser conferida por una directiva expresa a un ministro para que "dicte órdenes" en una cierta materia. Si la teoría se detuviera aquí, obviamente no se haría cargo de los hechos; por ello se la extiende y se sostiene que a veces el soberano puede expresar su voluntad de una manera menos directa. Sus órdenes pueden ser "tácitas"; él puede, sin dar una orden expresa, significar sus intenciones de que los súbditos hagan ciertas cosas no interfiriendo cuando sus subordinados dan órdenes a éstos y los castigan si las desobedecen.

Un ejemplo militar puede dar a la idea de "orden tácita" toda la claridad que ella puede llegar a tener. Un sargento que regularmente obedece a sus superiores, ordena a sus hombres ha-

cer ciertos ejercicios y los castiga cuando lo desobedecen. El general, enterado de esto, permite que las cosas continúen, aunque si él hubiera ordenado al sargento que cesaran los ejercicios había sido obedecido. En tales circunstancias puede considerarse que el general ha expresado tácitamente su volutad de que los hombres cumplan con la fagina. Su no interferencia, pudiendo haber interferido, es un sustituto silencioso de las palabras que podría haber usado para ordenar los ejercicios.

Es a esta luz que se nos pide que veamos las reglas consuetudinarias que tienen *status* de derecho en un sistema jurídico. Mientras los tribunales no las aplican en casos determinados, tales reglas son *simples* costumbres y, no son en modo alguno derecho. Cuando los tribunales las usan y, con arreglo a ellas, dictan órdenes que son aplicadas, entonces por primera vez esas reglas reciben reconocimiento jurídico. El soberano, que podría haber interferido, ha ordenado tácitamente a sus súbditos obedecer las órdenes de los jueces "amoldadas" a las costumbres preexistentes.

Esta versión del *status* jurídico de la costumbre es susceptible de dos críticas diferentes. La primera es que no es *necesariamente* verdad que mientras que las reglas consuetudinarias no son usádas en los litigios carecen de *status* como derecho. La afirmación de que las cosas son necesariamente así es meramente dogmática o no distingue lo que es necesario y lo que puede ocurrir en ciertos sistemas. ¿Qué razón hay para que las leyes hechas de cierta manera definida sean derecho antes de su aplicación por los tribunales en casos particulares, y no lo sean también las costumbres de ciertos tipos definidos? ¿Por qué no habría de ser verdad que, tal como los tribunales reconocen fuerza obligatoria al principio general de que lo que la legislatura sanciona es derecho, ellos reconocen también fuerza obligatoria a otro principio general, a saber, que las costumbres de ciertas clases definidas son derecho? ¿Qué hay de absurdo en la afirmación de que cuando se presentan casos particulares los tribunales aplican la costumbre, al igual que la ley, como algo que es ya derecho y en razón de que lo es? Es *posible*, por supuesto, que un siste-

ma jurídico disponga que ninguna regla consuetudinaria tiene el *status* de derecho mientras los tribunales, en su discreción incontrolada, no declaren que lo tiene, pero esto sólo sería *una* posibilidad, que no puede excluir la posibilidad de sistemas en los que los tribunales no posean tal discreción. ¿Qué fundamentos tiene entonces la tesis general de que una regla consuetudinaria no *puede* tener *status* de derecho mientras no sea aplicada por los tribunales?

Las réplicas a estas objeciones se reducen a veces a la simple refirmación del dogma de que nada puede ser derecho mientras alguien no haya *ordenado* que lo sea. El paralelo sugerido entre las relaciones de los tribunales con la ley y con la costumbre es rechazado, pues, en base a que antes de ser aplicada por un tribunal la ley ha sido ya "ordenada", y en cambio la costumbre no lo ha sido. Los argumentos menos dogmáticos son inadecuados porque se apoyan demasiado en el contenido particular de los sistemas particulares. Se suele decir que el hecho de que en el derecho inglés una costumbre puede ser rechazada por los tribunales si no satisface el criterio de "razonabilidad", demuestra que la costumbre no es derecho mientras no sea aplicada por los tribunales. Esto, en el mejor de los casos, sólo prueba algo acerca de la costumbre en el derecho inglés. Ni siquiera esto puede darse por demostrado a menos que sea verdad, como algunos pretenden, que no tiene sentido distinguir entre un sistema en el que los tribunales sólo están obligados a aplicar ciertas reglas consuetudinarias si son razonables, y otro sistema en el que los tribunales gozan de una discreción incontrolada a ese respecto.

La segunda crítica a la teoría de que la costumbre, cuando es derecho, debe su *status* jurídico a la orden tácita del soberano, es más fundamental. Aun cuando se conceda que ella no es derecho mientras no sea aplicada por el tribunal en el caso particular, ¿es posible considerar la no interferencia del soberano como una expresión tácita del deseo de que la regla sea obedecida? Aun en el simple ejemplo militar de la página 57, del hecho de que el general no interfirió con las órdenes del sargento no se sigue necesariamente que deseaba que fueran obedecidas.

El pudo haber querido simplemente no contradecir a un buen subordinado, en la confianza de que los hombres hallarían alguna manera de eludir los ejercicios. Sin duda que en algunos casos podríamos inferir que el general quería que se hicieran los ejercicios, pero si lleváramos a cabo esa inferencia una parte relevante de nuestra prueba sería el hecho de que el general sabía que se habían dado las órdenes, que tuvo tiempo de considerarlas, y que decidió no hacer nada. La objeción principal al uso de la idea de las expresiones tácitas de la voluntad del soberano para explicar el *status* jurídico de la costumbre es que, en cualquier estado moderno, rara vez es posible atribuir al "soberano" tal conocimiento, consideración, y decisión de no interferir, sea que identifiquemos al soberano con la legislatura suprema o con el electorado. Es verdad, por supuesto, que en la mayoría de los sistemas jurídicos la costumbre es una fuente de derecho subordinada a la ley. Esto significa que la legislatura *podría* privarla de su *status* jurídico; pero el hecho de que no lo haga puede no ser un signo de los deseos del legislador. Es muy raro que la atención de una legislatura o, más raro aún, de un electorado, repare en las reglas consuetudinarias aplicadas por los tribunales. La no interferencia de una u otro no puede ser comparada, por lo tanto, con la no interferencia del general con su sargento; aun cuando en este caso estemos dispuestos a inferir de ella un deseo de que las órdenes del subordinado sean obedecidas.

¿En qué consiste entonces el reconocimiento jurídico de la costumbre? ¿A qué debe su *status* jurídico una regla consuetudinaria, si no es a la orden del tribunal que la aplicó a un caso particular o a la orden tácita del supremo poder creador de derecho? ¿Cómo puede ser derecho, a semejanza de la ley, antes de que el tribunal la aplique? Estas preguntas sólo podrán ser respondidas plenamente cuando hayamos examinado en detalle, como lo haremos en el próximo capítulo, la doctrina de que donde existe derecho tiene que haber alguna persona o personas soberanas cuyas órdenes generales, expresas o tácitas, y sólo ellas, son derecho. Mientras tanto podemos resumir las conclusiones de este capítulo como sigue:

La concepción del derecho como órdenes coercitivas enfrenta desde el comienzo mismo la objeción de que hay variedades de normas jurídicas, que aparecen en todos los sistemas, que no responden a aquella descripción en tres aspectos principales. Primero, aun una ley penal, que es la que más se le aproxima, tiene a menudo un campo de aplicación diferente al de las órdenes dadas a otros, porque tal norma puede imponer deberes tanto a quienes la han dictado como a los demás. En segundo lugar, otras leyes difieren de las órdenes en que no requieren que las personas hagan algo, sino que pueden conferirles potestades; no imponen deberes sino que ofrecen facilidades para la libre creación de derechos subjetivos y deberes jurídicos dentro de la estructura coercitiva del derecho. En tercer lugar, aunque sancionar una ley es en ciertos aspectos algo análogo a dar una orden, algunas reglas de derecho se originan en la costumbre y no deben su *status* jurídico a ningún acto consciente de creación de derecho.

Para defender la teoría de tales objeciones se han adoptado una variedad de recursos. La idea originalmente simple de un mal amenazado o "sanción" ha sido extendida hasta incluir la nulidad de una transacción jurídica; la noción de regla jurídica ha sido restringida hasta excluir las reglas que confieren potestades, como si ellas fueran meros fragmentos de normas; dentro de la persona natural simple del legislador cuyas sanciones son auto-obligatorias se han descubierto dos personas; la noción de orden ha sido extendida a partir de una expresión verbal hasta llegar a una expresión "tácita" de la voluntad, que consiste en la no interferencia con órdenes dadas por subordinados. A pesar del carácter ingenioso de estos recursos, el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas es más lo que oscurece que lo que aclara; el esfuerzo para reducir la variedad de normas jurídicas a esta única forma simple termina por imponer sobre ellas una uniformidad espuria. En verdad, buscar uniformidad aquí puede ser un error, porque, como sostendremos en el Capítulo V, una característica distintiva del derecho, si no la característica distintiva del mismo, consiste en la fusión de tipos diferentes de reglas.

CAPÍTULO IV

SOBERANO Y SUBDITO

Al criticar el modelo simple del derecho como órdenes coercitivas no hemos planteado aún ninguna cuestión relativa a la persona o personas "soberanas" cuyas órdenes generales constituyen, según esta concepción, el derecho de cualquier sociedad. Cuando examinamos si la idea de una orden respaldada por amenazas sirve para dar cuenta de las diferentes variedades de normas jurídicas, aceptamos provisionalmente que en toda sociedad donde hay derecho hay realmente un soberano, caracterizado afirmativa y negativamente por referencia al hábito de obediencia: una persona o cuerpo de personas cuyas órdenes son habitualmente obedecidas por la gran mayoría de la sociedad y que no obedece habitualmente a ninguna otra persona o personas.

Tenemos que considerar ahora en algún detalle esta teoría general sobre el fundamento de todos los sistemas jurídicos; porque a pesar de su extrema simplicidad la doctrina del soberano es nada menos que eso. Ella afirma que en toda sociedad humana donde hay derecho, por debajo de la variedad de formas políticas, tanto en una democracia como en una monarquía absoluta, habremos de hallar, en última instancia, esta relación simple entre súbditos que prestan obediencia habitual y un soberano que no presta obediencia habitual a nadie. Esta estructura vertical compuesta de soberano y súbditos es, según la teoría, parte tan esencial de una sociedad que posee derecho, como la columna vertebral lo es de un hombre. Cuando ella aparece podemos decir que la sociedad, junto con su soberano, es un estado independiente único, y podemos hablar de *su* derecho; cuando falta, no podemos usar ninguna de estas expresiones, porque la

relación entre soberano y súbdito, según esta teoría, forma parte del significado mismo de ellas.

En esta doctrina hay dos puntos de especial importancia; los destacaremos aquí en términos generales para indicar las líneas de crítica seguidas en detalle en el resto del capítulo. El primero se refiere a la idea de *hábito* de obediencia, que es todo cuanto se requiere de parte de aquellos a quienes se aplican las normas del soberano. En relación con esto indagaremos si tal hábito basta para dar cuenta de dos características salientes de la mayoría de los sistemas jurídicos: el *carácter continuo* de la autoridad para crear derecho que poseen una sucesión de legisladores diferentes, y la *persistencia* de las normas mucho después de que su creador y quienes le prestaban obediencia habitual han desaparecido. Nuestro segundo punto se refiere a la posición del soberano respecto del derecho: él crea derecho para los demás y les impone deberes jurídicos o "limitaciones", a la par que se dice de él que es jurídicamente ilimitado e ilimitable. En relación con esto indagaremos si este *status* jurídicamente ilimitable del legislador supremo es necesario para la existencia del derecho, y si la presencia o ausencia de límites jurídicos a la potestad legislativa puede ser comprendida en los términos simples de hábito y obediencia en los que esta teoría analiza dichas nociones.

1. EL HABITO DE OBEDIENCIA Y LA CONTINUIDAD DEL DERECHO

La idea de obediencia, como muchas otras ideas aparentemente simples usadas sin mayor examen, no está exenta de complejidades. Dejaremos a un lado la complejidad ya señalada[1] de que la palabra "obediencia" a menudo sugiere respeto a la autoridad, y no el simple cumplimiento de órdenes respaldadas por amenazas. Aún así, no es fácil enunciar ni siquiera en el caso de una orden única dada cara a cara por un hombre a otro, cuál es la conexión precisa que tiene que haber entre el dar la orden

[1] Ver *supra*, pág. 25.

y la realización del acto especificado en ella para que ese acto constituya obediencia. Por ejemplo, ¿qué relevancia tiene el hecho, cuando tal es el caso, de que la persona ordenada hubiera realizado ciertamente el mismo acto sin que mediase ninguna orden? Estas dificultades son particularmente agudas en el caso de las normas jurídicas, algunas de las cuales nos prohiben hacer algo que muchos de nosotros jamás habríamos pensado hacer. Mientras esas dificultades no sean resueltas, la idea de un "hábito general de obediencia" a las normas jurídicas de un país tiene que permanecer de algún modo oscura. Para nuestros propósitos actuales, sin embargo, podemos imaginar un caso muy simple en el que quizás se admita que las palabras "hábito" y "obediencia" tienen una aplicación bastante obvia.

Supongamos que hay una población que habita en un territorio en el que un monarca absoluto (Rex) reina desde hace mucho tiempo: él gobierna a su pueblo mediante órdenes generales respaldadas por amenazas, que exigen que los habitantes realicen diversas cosas que de otro modo no harían, y que se abstengan de hacer cosas que de otro modo harían. Aunque durante los primeros años del reinado hubo dificultades, hace mucho que hay estabilidad y, en general, se puede descontar que la población obedece a Rex. Como lo que éste exige suele ser oneroso, y la tentación de desobedecerlo y de arriesgar el castigo es considerable, se hace difícil suponer que la obediencia, aunque general, sea un "hábito", o que ella es "habitual", en el sentido pleno o más corriente de esta palabra. Los hombres pueden, por cierto, adquirir literalmente el hábito de acatar ciertas normas jurídicas: conducir por la izquierda es quizás un paradigma, para los ingleses, de un hábito adquirido de este tipo. Pero cuando el derecho se opone a algunas inclinaciones fuertes, como ocurre, por ejemplo, con las leyes que obligan al pago de impuestos, nuestro eventual cumplimiento de ellas, aunque sea regular, no tiene el carácter espontáneo, sin esfuerzo, arraigado, de un hábito. No obstante ello, aunque la obediencia prestada a Rex carece a menudo de este elemento característico de los hábitos, presenta otros importantes. Decir que una persona tiene un há-

bito, por ejemplo, el de leer el diario durante el desayuno, implica que esa persona ha venido haciendo esto durante algún tiempo considerable y que es probable que reitere esa conducta. Pues bien, puede decirse que la mayor parte de los pobladores de nuestra comunidad imaginaria, tras el período inicial de dificultades, han obedecido generalmente las órdenes de Rex y es probable que continúen haciéndolo.

Cabe señalar que en esta versión de la situación social imperante bajo Rex, el hábito de obediencia es una relación personal entre cada súbdito y Rex: cada uno hace regularmente lo que Rex le ordena a él, entre otros, que haga. Si decimos que la *población* "tiene tal hábito", esto, como la afirmación de que la gente concurre habitualmente a la taberna los sábados a la noche, sólo significará que los hábitos de la mayoría son convergentes: cada uno obedece habitualmente a Rex, del mismo modo que cada uno habitualmente concurre a la taberna el sábado a la noche.

Ha de observarse que en esta situación muy simple todo cuanto se exige de la comunidad para constituir a Rex como soberano son los actos personales de obediencia de la población. Cada individuo sólo necesita obedecer; y mientras la obediencia es regular, nadie en la comunidad necesita tener o expresar opinión alguna acerca de si su propia obediencia frente a Rex, o la de los demás, es en algún sentido correcta, propia, o legítimamente exigida. Obviamente la sociedad que hemos descripto para dar una interpretación lo más literal posible de la noción de hábito de obediencia, es muy simple. Probablemente es demasiado simple para haber existido alguna vez, y por cierto, no es una comunidad primitiva; porque la sociedad primitiva no conoce gobernantes absolutos como Rex, y sus miembros, por lo común, no están consagrados a la pura obediencia, sino que tienen puntos de vista muy pronunciados sobre la corrección de la obediencia de todas las personas involucradas. No obstante ello, la comunidad de Rex ciertamente presenta, por lo menos durante la vida de aquél, algunos de los caracteres más importantes de una sociedad regida por el derecho. Incluso posee una cierta

unidad, de modo que puede ser llamada "un estado". Esta unidad está constituida por el hecho de que sus miembros obedecen a la misma persona, aún cuando pueden no tener opiniones sobre si es correcto hacerlo.

Supongamos ahora que al cabo de un feliz reinado, Rex muere y deja un hijo, Rex II, que comienza entonces a dictar órdenes generales. El mero hecho de que haya existido un hábito general de obediencia a Rex I en vida de éste, no basta por sí, para hacer siquiera probable que Rex II será habitualmente obedecido. Por lo tanto, si no tenemos más datos que el hecho de la obediencia a Rex I y la probabilidad de que *él* hubiera continuado siendo obedecido, no podremos decir de la primera orden de Rex II, como pudimos haber dicho de la última orden de Rex I, que ella ha sido dada por alguien que es soberano, y que esa orden, en consecuencia, es derecho. No hay todavía un hábito establecido de obediencia frente a Rex II. Tendremos que esperar y ver si hay tal obediencia a Rex II, como la había respecto de su padre, antes de que podamos decir, de acuerdo con esta teoría, que él ahora es soberano y que sus órdenes son derecho. Nada hay que lo haga soberano desde el comienzo. Sólo después que sepamos que sus órdenes han sido obedecidas durante algún tiempo, podremos afirmar que se ha establecido un hábito de obediencia. Entonces, y sólo entonces, podremos decir de cualquier orden posterior que ella es ya derecho tan pronto se la dicta y antes de ser obedecida. Mientras no se llegue a esa etapa habrá un interregno durante el cual no se creará derecho alguno.

Por supuesto que tal estado de cosas es posible, y ocasionalmente ha ocurrido en tiempos tumultuosos; pero los peligros de discontinuidad son obvios y por lo común no se los busca. En lugar de ello, es característico que un sistema jurídico, aún una monarquía absoluta, asegure la continuidad ininterrumpida del poder de creación de derecho mediante reglas que sirven de puente en la transición de un legislador a otro: ellas regulan la sucesión *por adelantado,* designando o especificando en términos generales los requisitos o condiciones para ser legislador y el modo de determinar quién lo es. En una democracia moder-

na las condiciones son altamente complejas y se refieren a la composición de una legislatura cuyos miembros cambian frecuentemente, pero la esencia de las reglas que la continuidad reclama puede ser vista en las formas más simples adecuadas a nuestra monarquía imaginaria. Si la regla acuerda la sucesión al hijo mayor, entonces Rex II tiene *título* a suceder a su padre. El tendrá el *derecho* o *facultad* (*"right"*) de dictar normas a la muerte de su padre, y cuando dé sus primeras órdenes nos asistirán buenas razones para decir que ellas son ya derecho (*"law"*), antes de que haya habido tiempo para que se establezca una relación de obediencia habitual entre él, personalmente, y sus súbditos. En realidad puede ocurrir que tal relación no se establezca nunca. Sin embargo la palabra de Rex II puede ser derecho; porque es posible que éste muera inmediatamente después de dar sus primeras órdenes, en cuyo caso no habrá vivido lo suficiente para recibir obediencia, y sin embargo, puede haber tenido el *derecho* o *facultad* (*"right"*) de dictar normas y sus órdenes ser derecho ("law").

Para explicar la continuidad de la potestad de creación de derecho a lo largo de una sucesión cambiante de legisladores individuales, es natural usar las expresiones "regla de sucesión", "título", "derecho a suceder" y "derecho o facultad de dictar normas jurídicas". Es patente, sin embargo, que al introducir estas expresiones hemos introducido un nuevo conjunto de elementos, de los que no se puede dar razón en términos de hábitos de obediencia a órdenes generales, términos éstos con arreglo a los que, siguiendo la teoría del soberano, construimos el mundo jurídico simple de Rex I. Porque en ese mundo no había reglas ni, por lo tanto, derechos o facultades (*rights*), ni títulos, y *a fortiori*, tampoco había derecho a suceder, ni título a la sucesión. Unicamente teníamos estos hechos: que Rex I daba órdenes y que sus órdenes eran habitualmente obedecidas. Ello bastaba para constituir a Rex en soberano durante el término de su vida y para hacer que sus órdenes fueran derecho; pero no basta para dar razón de los *derechos* o *facultades* de su sucesor. En efecto, la idea de la obediencia habitual fracasa de

dos maneras diferentes, aunque relacionadas, para dar razón de la continuidad que se observa en todo sistema jurídico normal cuando un legislador sucede a otro. En primer lugar, los simples hábitos de obediencia frente a órdenes dadas por un legislador no pueden conferir al nuevo legislador ningún *derecho* a suceder al anterior y a dar órdenes en su reemplazo. En segundo lugar, la obediencia habitual al legislador anterior no puede por sí sola hacer probable que las órdenes del nuevo legislador serán obedecidas o fundar una presunción en tal sentido. Para que en el momento de la sucesión existan aquel derecho y esta presunción tiene que haberse dado de algún modo en la sociedad, durante el reinado del legislador anterior, una práctica general más compleja que cualquier práctica que pueda ser descripta en términos de hábitos de obediencia. A saber, la aceptación de la regla según la cual el nuevo legislador tiene título a suceder.

¿Qué es esta práctica más compleja? ¿Qué es la aceptación de una regla? Aquí tenemos que retomar la indagación ya bosquejada en el capítulo I. Para llevarla a cabo será menester apartarnos, por el momento, del caso especial de las reglas jurídicas. ¿En qué se distingue un hábito de una regla? ¿Cuál es la diferencia que hay entre decir que un grupo tiene el hábito, por ejemplo, de ir al cine los sábados por la noche y decir que en ese grupo es regla que los hombres se descubran al entrar a la Iglesia? En el capítulo I mencionamos algunos de los elementos que deben aparecer al analizar este tipo de regla, y aquí tenemos que proseguir con el análisis.

Hay por cierto un punto de semejanza entre las reglas sociales y los hábitos: en ambos casos la conducta de que se trata (por ejemplo, descubrirse en la iglesia) tiene que ser general, aunque no necesariamente invariable; esto significa que la mayor parte del grupo la repite cuando surge la ocasión. Esto es lo que, según hemos dicho, va implicado en la frase "ellos proceden así *por regla general*". Pero aunque existe esta semejanza hay tres diferencias salientes.

En primer lugar, para que el grupo tenga un *hábito* basta

con que su conducta converja de hecho. No es necesario que la desviación respecto del curso regular suscite alguna forma de crítica. Pero tal convergencia general, o aun la identidad de conducta, no basta para constituir la existencia de una regla que exija esa conducta: cuando existe tal regla las desviaciones son generalmente consideradas como deslices o faltas susceptibles de crítica, y las amenazas de desviación chocan con una presión en favor de la conformidad, si bien las formas de crítica y de presión varían según los diferentes tipos de reglas.

En segundo lugar, cuando existen tales reglas, no sólo se hace de hecho esa crítica, sino que las desviaciones respecto del modelo o pauta son aceptadas generalmente como una buena *razón* para formularla. La crítica a la desviación es considerada como legítima o justificada en este sentido, tal como lo son las exigencias de cumplimiento frente a la amenaza de desviación. Además, salvo en lo que hace a una minoría de transgresores recalcitrantes, tal crítica y exigencias son generalmente consideradas como legítimas, o como formuladas con buena razón, tanto por quienes las formulan como por aquellos respecto de quienes se formulan. El problema de saber cuántos miembros del grupo tienen que tratar como criterio o pauta de crítica, de estos modos diversos, la manera regular de conducta, y el de saber con qué frecuencia y durante cuánto tiempo deben hacerlo así para que tenga apoyo la afirmación de que el grupo posee una regla, no son cuestiones definidas. Ellas no deben preocuparnos más que la cuestión de saber cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo. Sólo debemos recordar que el enunciado de que en un grupo hay una cierta regla es compatible con la existencia de una minoría que no sólo transgrede la regla, sino que además se rehusa a considerarla como una pauta o criterio de conducta para sí o para los demás.

La tercera característica que distingue las reglas sociales de los hábitos está implícita en lo que ya hemos dicho, pero es tan importante, y ha sido desatendida o desfigurada por la teoría jurídica con tanta frecuencia, que tendremos que desarrollarla aquí. Es una característica que a lo largo de este libro denomi-

naremos el *aspecto interno* de las reglas. Cuando un hábito es general en un grupo social, esta generalidad no es más que un hecho acerca de la conducta observable de la mayor parte de los miembros del grupo. Para que haya tal hábito no es necesario en modo alguno que éstos piensen en la conducta general, que sepan siquiera que la conducta de que se trata es general; menos necesario aún es que tiendan a inculcar el hábito o a mantenerlo. Basta con que cada uno se comporte en la forma en que los otros también lo hacen. Por contraste, para que exista una regla social por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo. Además del aspecto externo que comparte con un hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar, toda regla social tiene un aspecto "interno".

Este aspecto interno de las reglas puede ser ilustrado simplemente con las reglas de cualquier juego. No es que los jugadores de ajedrez tengan meramente el hábito similar de mover la reina de la misma manera, hábito que podría registrar un observador externo que no supiera nada de las actitudes que aquéllos tienen respecto de sus jugadas. Además de ello, los jugadores observan una actitud crítica reflexiva en relación con este patrón de conducta: lo consideran un criterio o pauta para todo aquel que practique el juego. Cada jugador no sólo mueve la reina de cierta manera, sino que "tiene opinión formada" sobre la corrección de todos los que mueven la reina de esa manera. Esta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos las formulan. Para la expresión de esas críticas, exigencias y reconocimientos se usa un amplio campo de lenguaje "normativo". "Yo (tú)) no debí (debiste) haber movido la reina de esa manera", "Yo (tú) tengo (tienes) que hacer eso", "Eso está bien", "Eso está mal".

El aspecto interno de las reglas es frecuentemente representado en forma errónea como una simple cuestión de "sentimien-

tos", por oposición a la conducta física externamente observable. Sin duda, cuando las reglas son generalmente aceptadas por un grupo y apoyadas generalmente por la crítica social y por la presión para obtener la conformidad, los individuos pueden tener a menudo experiencias psicológicas análogas a la experiencia de restricción o compulsión. Cuando dicen que "se sienten obligados" a comportarse de cierta manera, pueden realmente referirse a esas experiencias. Pero ellas no son necesarias ni suficientes para la existencia de reglas "obligatorias". No es contradictorio decir que la gente acepta ciertas reglas pero no experimenta tales sentimientos de compulsión. Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión característica en la terminología normativa: "yo debo", "deber", "tú tienes que", "el debería", "correcto", "incorrecto", etc.

Estas son las características más importantes que distinguen a las reglas sociales de los meros hábitos del grupo; con ellas en mente podemos volver al derecho. Podemos suponer que nuestro grupo social no sólo tiene reglas que, como las referentes a quitarse el sombrero en la iglesia erigen en pauta un tipo especial de conducta, sino también una regla que provee a la identificación de las pautas o criterios de conducta de una manera menos directa, mediante referencia a las palabras, orales o escritas, de una persona dada. En su forma más simple esta regla dirá que toda acción que Rex especifique (quizás en ciertos modos formales) debe hacerse. Esto transforma la situación que describimos al comienzo en términos de meros hábitos de obediencia a Rex; porque donde se acepte tal regla, Rex no sólo especificará de hecho lo que debe hacerse, sino que tendrá el *derecho* o *facultad* (*right*) de hacerlo; y no sólo habrá obediencia general a sus órdenes sino que será generalmente aceptado que es correcto obedecerlo. Rex será en efecto un legislador con *autori-*

dad para legislar, es decir, para introducir nuevas pautas o criterios de conducta en la vida del grupo, y puesto que ahora nos ocupamos de pautas o criterios y no de "órdenes", no hay razón para que él no esté obligado por su propia legislación.

Las prácticas sociales que subyacen a tal autoridad legislativa serán, en todos los aspectos esenciales, las mismas que subyacen a las simples reglas directas de conducta, tal como la referente a quitarse el sombrero en la iglesia, las que ahora podemos distinguir como meras reglas consuetudinarias, y diferirán en igual manera que éstas de los hábitos generales. La palabra de Rex será ahora una pauta o criterio de comportamiento, de modo que las desviaciones del comportamiento que él designe serán susceptibles de crítica; ahora se aceptará generalmente que su palabra justifica la crítica y las exigencias de cumplimiento.

Para ver cómo tales reglas explican la continuidad de la autoridad legislativa, sólo necesitamos advertir que en algunos casos, aún antes de que un legislador haya comenzado a legislar, puede resultar claro que existe una regla firmemente establecida que le otorga, como miembro de una *clase o línea* de personas, el derecho a hacerlo cuando llegue el momento. Así, puede ocurrir que durante la vida de Rex I sea generalmente aceptado por el grupo que la persona cuya palabra ha de ser obedecida no es únicamente el individuo Rex I, sino aquella que reúna ciertas calidades, por ejemplo, la de ser el descendiente mayor en la línea directa de un cierto antepasado: Rex I no es más que la persona con esas condiciones en un determinado momento. Tal regla, a diferencia del hábito de obedecer a Rex I, mira hacia adelante, puesto que se refiere tanto a posibles legisladores futuros como al legislador presente efectivo.

La aceptación de tal regla, y con ello su existencia, se manifestará durante la vida de Rex I, en parte en la obediencia a él, pero también en el reconocimiento de que la obediencia es algo a lo que él tiene derecho en virtud de que reúne las condiciones establecidas por la regla general. Precisamente en razón de que una regla aceptada en un determinado momento por un grupo puede referirse así en términos generales a los su-

cesores en la función legislativa, su aceptación fundamenta *a la vez* el enunciado jurídico de que el sucesor tiene derecho a legislar aún antes de que comience a hacerlo, y el enunciado fáctico de que probablemente recibirá la misma obediencia que recibía su predecesor.

Por supuesto, la aceptación de una regla por una sociedad en un determinado momento no *garantiza* su existencia continuada. Puede haber una revolución; la sociedad puede dejar de aceptar la regla. Esto puede ocurrir durante la vida de un legislador, Rex I, o en el punto de transición entre el régimen de aquél y el de uno nuevo, Rex II, y si así ocurre, Rex I perderá, o Rex II no llegará a adquirir, el derecho a legislar. Es verdad que la situación puede ser oscura: puede haber etapas intermedias confusas, cuando no está claro si tenemos por delante una mera insurrección o una interrupción temporaria del régimen anterior, o bien la desaparición total y efectiva del mismo. Pero en principio la cuestión es clara. El enunciado de que un nuevo legislador tiene derecho a legislar presupone la existencia, en el grupo social, de la regla según la cual tiene este derecho. Si resulta claro que la regla que lo habilita era aceptada en vida de su predecesor, a quien también habilitó, ha de admitirse, a falta de prueba en contrario, que no ha sido abandonada y que todavía existe. Una continuidad similar se observa, por ejemplo, en un torneo de fútbol cuya reglamentación autoriza cambios en la integración de los equipos, cuando a falta de prueba de que las reglas del juego han cambiado en el ínterin, las autoridades consideran válidos, a los fines del resultado, los goles obtenidos por los nuevos jugadores, computados de la manera usual.

La consideración de los mundos jurídicos simples de Rex I y Rex II basta, quizás, para mostrar que la continuidad de la autoridad legislativa, que caracteriza a la mayor parte de los sistemas jurídicos, depende de aquella forma de práctica social que constituye la aceptación de una regla, y difiere, en los modos que hemos indicado, de los hechos más simples de la mera obediencia habitual. Podemos resumir el argumento como sigue. Aun cuando concedamos que una persona, tal como Rex,

cuyas órdenes generales son habitualmente obedecidas, puede ser denominado legislador y sus órdenes llamadas derecho, los hábitos de obediencia a cada uno de los miembros de una sucesión de tales legisladores no bastan para dar razón del *derecho* (*right*) de un sucesor a suceder, ni de la consiguiente continuidad de la potestad legislativa. Primero, porque los hábitos no son "normativos"; ellos no pueden conferir derechos o autoridad a nadie. En segundo lugar, porque los hábitos de obediencia a un individuo no pueden, a diferencia de las reglas aceptadas, referirse por igual a una clase o línea de legisladores sucesivos futuros y al legislador actual, o hacer que la obediencia a aquéllos sea probable. Así, el hecho de que haya obediencia habitual a un legislador no fundamenta el enunciado de que su sucesor tiene derecho a dictar normas, ni el enunciado fáctico de que es probable que sea obedecido.

A esta altura, sin embargo, es menester señalar un punto importante que será desarrollado plenamente en un capítulo posterior. Constituye uno de los puntos fuertes de la teoría de Austin. Para revelar las diferencias esenciales entre las reglas aceptadas y los hábitos hemos tomado una forma muy simple de sociedad. Antes de dejar este aspecto de la teoría del soberano, debemos preguntarnos en qué medida nuestra explicación de la aceptación de una regla que confiere autoridad para legislar podría ser trasladada a un estado moderno. Al referirnos a nuestra sociedad simple nos expresamos como si la mayoría de la gente común no sólo obedeciera el derecho, sino también comprendiera y aceptara la regla que habilita a una sucesión de legisladores para legislar. En una sociedad simple esto podría ocurrir; pero en un estado moderno sería absurdo pensar que la masa de la población, por respetuosa de la ley que sea, tiene conciencia clara de las reglas que especifican los requisitos para integrar un cuerpo de personas en continuo cambio, facultado para legislar. Hablar de que la masa "acepta" estas reglas, tal como los miembros de alguna pequeña tribu podrían aceptar la regla que confiere autoridad a sus sucesivos jefes, implicaría atribuir a los ciudadanos ordinarios una comprensión de cuestiones constitucio-

nales que ellos podrían no tener. Sólo exigiríamos tal comprensión a los funcionarios y expertos del sistema; a los tribunales, que tienen a su cargo la responsabilidad de determinar cuál es el derecho, y a los abogados, a quienes los ciudadanos ordinarios consultan cuando necesitan informarse al respecto.

Estas diferencias entre una sociedad tribal simple y un estado moderno merecen atención. ¿En qué sentido, pues, hemos de concebir la continuidad de la autoridad legislativa de la Reina en Parlamento, preservada a través de los cambios de los legisladores sucesivos, como algo que descansa en una o más reglas fundamentales generalmente aceptadas? Obviamente, la aceptación general es aquí un fenómeno complejo, dividido, en cierto modo, entre los funcionarios y los ciudadanos comunes, que contribuyen de diferentes maneras a la misma y, con ello, a la *existencia* de un sistema jurídico. Se puede decir que los funcionarios del sistema reconocen explícitamente aquellas reglas fundamentales que confieren autoridad legislativa: los legisladores, cuando dictan normas de acuerdo con las reglas que los facultan a dictarlas, los tribunales, cuando identifican como normas a ser aplicadas por ellos las dictadas por las personas así facultadas, y los expertos, cuando guían a los ciudadanos comunes por referencia a las normas dictadas de esa manera. El ciudadano común manifiesta su aceptación, en gran medida, mediante la aquiescencia con los resultados de estos actos oficiales. Acata las normas jurídicas que son creadas e identificadas de esta manera, y también deduce pretensiones y ejercita potestades conferidas por ellas. Pero puede saber muy poco acerca del origen de éstas o de quienes son sus creadores: puede ser que algunos únicamente sepan que las normas son "el derecho". Este prohibe cosas que los ciudadanos comunes quieren hacer, y los ciudadanos saben que pueden ser arrestados por la policía y condenados por un juez si desobedecen. La fuerza de la doctrina que insiste en que la obediencia habitual a órdenes respaldadas por amenazas constituye el fundamento de un sistema jurídico, consiste en que nos obliga a pensar en términos realistas este aspecto relativamente pasivo del fenómeno complejo que llama-

mos la existencia de un sistema jurídico. La debilidad de la doctrina radica en que oscurece o desfigura el otro aspecto relativamente activo, que se advierte principalmente, aunque no en forma exclusiva, en los actos de creación, de identificación y de aplicación del derecho, realizados por los funcionarios o por los expertos del sistema. Ambos aspectos han de ser tenidos en cuenta para ver este fenómeno social complejo tal como realmente es.

2. LA PERSISTENCIA DEL DERECHO

En 1944 una mujer fue procesada y condenada en Inglaterra por decir la suerte en violación de la *Witchcraft Act* de 1735[2]. Este no es más que un ejemplo pintoresco de un fenómeno jurídico muy familiar: una ley dictada hace siglos puede ser derecho todavía hoy. Sin embargo, aunque es un fenómeno familiar, esta persistencia de las normas jurídicas es algo que no puede hacerse inteligible en términos del esquema simple que ve en ellas órdenes dadas por una persona habitualmente obedecida. Tenemos aquí, en efecto, la situación inversa del problema de la continuidad de la autoridad de creación del derecho, que acabamos de considerar. Allí la cuestión era: ¿cómo se puede decir, en base al esquema simple de los hábitos de obediencia, que la primer norma dictada por quien sucede a otro en el cargo de legislador es *ya* derecho, antes de que aquél haya recibido personalmente obediencia habitual? Aquí la cuestión es: ¿cómo es posible que el derecho creado por un legislador antiguo, ya desaparecido, sea *todavía* derecho para una sociedad de la que no puede decirse que lo obedezca habitualmente? Tal como ocurre en el primer caso, el esquema simple no ofrece dificultades si nos limitamos a la vida del legislador. En verdad, tal esquema parece explicar admirablemente por qué la *Witchcraft Act* era derecho en Inglaterra pero no hubiera sido derecho en Francia, aun cuando sus términos se hubieran extendido a los ciudadanos franceses que decían la suerte en Francia, si

[2] *R. v. Duncan* (1944), 1 K. B. 713.

bien, claro está, se podría haber aplicado a aquellos franceses que hubiesen tenido la mala fortuna de ser procesados ante los tribunales ingleses. La explicación simple sería que en Inglaterra había un hábito de obediencia a quienes sancionaron esta norma, mientras que en Francia no lo había. Por tal razón, ella era derecho en Inglaterra, pero no en Francia.

Sin embargo, no podemos limitar nuestro examen de las normas jurídicas al período de la vida de sus creadores, porque la característica que tenemos que explicar es, precisamente, su obstinada capacidad para sobrevivir a sus creadores y a quienes los obedecían en forma habitual. ¿Por qué la *Witchcraft Act* es todavía derecho para nosotros si no era derecho para los franceses de aquellos tiempos? Por cierto que ninguna extensión del lenguaje puede llevarnos a sostener que nosotros, los ingleses del siglo XX, obedecemos habitualmente a Jorge II y a su Parlamento. A este respecto el inglés de hoy y el francés de entonces están en la misma posición: ninguno obedece u obedeció habitualmente al creador de aquella norma. La *Witchcraft Act* podría ser la única ley que sobreviviera de dicho reinado y sin embargo todavía sería derecho en Inglaterra. La respuesta a este interrogante "¿por qué todavía es derecho?", es en principio la misma que la respuesta a nuestro primer interrogante "¿por qué es ya derecho?", e implica el reemplazo de la noción demasiado simple de hábito de obediencia a una persona soberana, por la noción de reglas fundamentales, corrientemente aceptadas, que especifican o designan una clase o línea de personas, cuya palabra ha de constituir una pauta o criterio de conducta para la sociedad, es decir, que tienen derecho a legislar. Tal regla, aunque tenga que existir ahora, puede en cierto sentido ser intemporal en su referencia: puede mirar no sólo hacia adelante y referirse al acto legislativo de un legislador futuro, sino también hacia atrás y referirse a los actos de un legislador pasado.

Presentada en los términos simples de la dinastía Rex, la posición es ésta. Cada uno de los miembros de una línea de legisladores, Rex I, Rex II y Rex III, pueden estar habilitados por la misma regla general que confiere la facultad de legislar al

descendiente mayor de la línea directa. Cuando muere el gobernante individual su obra legislativa sigue viviendo; porque ella se apoya sobre el fundamento de una regla general que generaciones sucesivas de la sociedad continúan respetando en relación con cada legislador, cualquiera haya sido el período en que éste haya vivido. En el caso simple de Rex I, Rex II y Rex III, cada uno de ellos está facultado, de acuerdo con la misma regla general, para introducir pautas o criterios de comportamiento por medio de la legislación. En la mayor parte de los sistemas jurídicos las cosas no son tan simples, porque la regla aceptada en la actualidad según la cual la legislación pasada es reconocida como derecho, puede ser distinta de la regla concerniente a la legislación contemporánea. Pero, dada la aceptación actual de la regla subyacente, la persistencia de las normas jurídicas no es más misteriosa que el hecho de que la decisión del árbitro, en la primera rueda de un torneo entre equipos cuya integración ha cambiado, tenga la misma relevancia para el resultado final que la del árbitro que actuó en la tercera rueda. Sin embargo, aunque la noción de una regla aceptada que confiere autoridad a las órdenes de los legisladores del pasado y del futuro, así como a los del presente, no es misteriosa, es por cierto más compleja y elaborada que la idea de hábitos de obediencia a un legislador actual. ¿Es posible prescindir de esta complejidad, y mediante alguna ampliación ingeniosa de la concepción simple de las órdenes respaldadas por amenazas mostrar que la persistencia de las normas jurídicas descansa, después de todo, en los hechos más sencillos de la obediencia habitual al soberano presente?

Ha habido un intento ingenioso de hacer esto: Hobbes, seguido aquí por Bentham y Austin, dijo que "el legislador no es aquél bajo cuya autoridad la ley fue hecha por vez primera, sino aquél por cuya autoridad continúa hoy siendo ley"[8]. No resulta claro en forma inmediata, si prescindimos de la noción de regla para adoptar la idea más simple de hábito, qué puede ser la "autoridad" del legislador como cosa distinta de su "poder". Pe-

[8] *Leviathan,* cap. XXVI.

ro el argumento general expresado por esta cita es claro. Consiste en que aunque como cuestión histórica la fuente u origen de una norma como la *Witchcraft Act* fue el acto legislativo de un soberano del pasado, su *status* presente como derecho en la Inglaterra del siglo XX se debe a su reconocimiento como tal por el soberano de hoy. Este reconocimiento no asume la forma de una orden *explícita,* como en el caso de las leyes dictadas por los legisladores de hoy, sino de una expresión *tácita* de la voluntad del soberano. Esta consiste en el hecho de que, aunque podría hacerlo, el soberano no interfiere con la aplicación por parte de sus agentes (los tribunales y posiblemente el ejecutivo) de la ley dictada hace mucho tiempo.

Esta es, por supuesto, la misma teoría de las órdenes tácitas ya considerada, que se invocó para explicar el *status* jurídico de ciertas reglas consuetudinarias, que parecían no haber sido ordenadas por nadie en tiempo alguno. Las críticas que en el capítulo III hicimos a esa teoría se aplican aún en forma más obvia cuando se la usa para explicar por qué se sigue reconociendo como derecho a la legislación pasada. Aunque debido a la amplia discreción acordada a los tribunales para rechazar reglas consuetudinarias irrazonables, puede haber cierta plausibilidad en la opinión de que mientras los tribunales no aplican una regla consuetudinaria a un caso dado ella no tiene *status* de derecho, hay muy poca plausibilidad en la opinión de que una ley dictada por un "soberano" del pasado no es derecho mientras no sea efectivamente aplicada por los tribunales en el caso particular, y ejecutada con la aquiescencia del soberano de hoy. Si esta teoría es correcta se sigue que los tribunales no aplican la ley porque ella sea ya derecho: sin embargo, esto sería extraer una absurda inferencia del hecho de que el legislador de hoy, que podría derogar las leyes pasadas, no ha ejercido esta potestad. Porque las leyes de la época victoriana y las aprobadas hoy por la Reina en Parlamento tienen por cierto el mismo *status* jurídico en la Inglaterra de nuestros días. Ambas son derecho aún antes de que los casos en que se aplican se presentan ante los tribunales, y cuando ello ocurre éstos aplican por igual las

leyes victorianas y las más recientes, porque ya son derecho. En ninguno de los dos supuestos dichas leyes son derecho únicamente después de ser aplicadas por los tribunales; y en ambos el *status* de derecho de unas y otras leyes se debe a que ellas fueron sancionadas por personas cuyas sanciones tienen ahora autoridad, de acuerdo con reglas aceptadas en el presente, con independencia del hecho de que esas personas estén vivas o muertas.

La inconsistencia de la teoría de que las leyes del pasado deben su actual *status* de derecho a la aquiescencia de la legislatura de hoy frente a su aplicación por los tribunales, se advierte con más claridad en la incapacidad de esa teoría para explicar por qué los tribunales de hoy han de sostener que una ley del período victoriano, que no ha sido derogada, todavía es derecho, y que una ley que fue derogada durante el reinado de Eduardo VII, ya no lo es. Obviamente al establecer tal distinción, los tribunales y, junto con ellos, cualquier jurista o ciudadano que comprende el sistema, usan como criterio una o varias reglas fundamentales acerca de qué es lo que ha de considerarse derecho, que se refieren tanto a los actos legislativos del pasado como a los de la actualidad. La distinción entre las dos leyes no se funda en el conocimiento de que el actual soberano ha ordenado en forma tácita (es decir, ha permitido que se aplique) una ley, pero no la otra.

Por otra parte, parece que la única virtud de la teoría que hemos rechazado es la de servir de versión borrosa de una advertencia realista. Se trata de la advertencia de que si los funcionarios del sistema, y sobre todo los tribunales, no aceptan la regla de que ciertos actos legislativos *del pasado o actuales,* tienen autoridad, tales actos legislativos carecerán de algo esencial para su *status* como derecho. Pero no hay que confundir este realismo, en cierto modo pedestre, con la teoría designada a veces como Realismo Jurídico, cuyas características principales serán examinadas en detalle más adelante[4]. Esta concepción, en algunas de sus versiones, sostiene que *ninguna* ley es derecho hasta que sea efectivamente aplicada por un tribunal. Hay una diferencia, que

[4] Ver *infra,* págs. 169-183.

es crucial para la comprensión de los problemas jurídicos, entre la verdad de que para que una ley sea derecho los tribunales tienen que aceptar la regla de que ciertos actos legislativos crean derecho, y la engañosa teoría de que nada es derecho hasta que sea aplicado en un caso particular por un tribunal. Algunas versiones de la teoría del Realismo Jurídico van ciertamente más allá de la falsa explicación, que hemos criticado, de la persistencia de las normas; porque en esas versiones se llega hasta negar *status* de derecho a toda ley dictada por un soberano pasado o *presente*, antes de que sea efectivamente aplicada por los tribunales. Sin embargo, una explicación de la persistencia de las normas que no adhiera a la teoría realista extrema y reconozca que a diferencia de las leyes de los soberanos pasados, las del soberano presente son derecho antes de su aplicación por los tribunales, tiene lo peor de ambas esferas y es, por supuesto, totalmente absurda. Esta posición intermedia es insostenible porque nada hay que distinga el *status* jurídico de una ley del soberano actual de una ley no derogada de un soberano anterior. O ambas son derecho antes de ser aplicadas por los tribunales de hoy a un caso particular (como lo reconoce el común de los juristas) o ninguna de ellas lo es, como pretende la teoría realista extrema.

3. LIMITACIONES JURIDICAS A LA POTESTAD LEGISLATIVA

En la doctrina de la soberanía el hábito general de obediencia del súbdito tiene, como complemento, la ausencia de tal hábito por parte del soberano. Este crea derecho para sus súbditos, y lo crea desde afuera. No hay, y no puede haber, límites jurídicos a su potestad de creación del derecho. Es importante comprender que la potestad jurídicamente ilimitada del soberano pertenece a éste por definición: la teoría afirma simplemente que sólo podría haber límites jurídicos a la potestad legislativa si el legislador estuviera bajo las órdenes de otro legislador a quien obedeciera habitualmente; en tal caso el primero ya no sería soberano. Si lo es, no obedece a ningún otro legislador y, por lo tanto, no puede haber límites jurídicos a su potestad legislativa.

La importancia de la teoría no consiste, por supuesto, en estas definiciones, ni en sus consecuencias necesarias simples que nada nos dicen acerca de los hechos. Consiste en la pretensión de que en toda sociedad donde hay derecho hay un soberano con estos atributos. Quizás haya que buscarlo detrás de las formas políticas, o jurídicas, que sugieren que todas las potestades jurídicas son limitadas y que ninguna persona o personas se encuentran fuera del derecho, posición que la teoría que comentamos atribuye al soberano. Pero si buscamos con resolución hallaremos la realidad que, según pretende dicha teoría, existe por detrás de las formas.

No debemos desinterpretar la teoría adjudicándole una pretensión más fuerte o más débil que la que en realidad formula. Ella no se limita a afirmar que hay *algunas* sociedades en las que se encuentra un soberano que no está sometido a límites jurídicos, sino que en todas partes la existencia de derecho implica la existencia de tal soberano. Por otra parte, la teoría no sostiene que no hay límites al poder del soberano, sino únicamente, que no hay límites *jurídicos* al mismo. Así el soberano puede de hecho, al ejercer la potestad legislativa, hacer concesiones a la opinion popular, ya porque teme las consecuencias de no seguir sus dictados, ya porque piensa que está moralmente obligado a respetarla. Muchos factores diferentes pueden influir sobre él a este respecto, y si el temor a la revuelta popular o la convicción moral lo llevan a legislar de manera distinta a lo que de otro modo haría, él puede en verdad concebir estos factores como "límites" a su poder. Pero ellos no son límites jurídicos. El soberano no tiene el deber jurídico de abstenerse de dictar tal legislación, y los tribunales, al considerar si están o no en presencia de una norma jurídica del soberano, no acogerían el argumento de que la discrepancia entre ella y los reclamos de la opinión popular, o de la moral, impiden calificarla como derecho, a menos que existiera una orden del soberano que estableciera que los tribunales deben hacer eso.

Los atractivos de esta teoría como explicación general del derecho son manifiestos. Parece darnos, en una forma simple y

satisfactoria, una respuesta a dos preguntas principales. Cuando hemos ubicado al soberano que recibe obediencia habitual, y no obedece a ninguna otra persona, podemos hacer dos cosas. Primero, podemos identificar en sus órdenes generales el derecho de una sociedad determinada y distinguirlo de muchas otras reglas, principios, o patrones, morales o simplemente consuetudinarios, que también gobiernan la vida de sus miembros. En segundo lugar, dentro del área del derecho podemos determinar si tenemos frente a nosotros un sistema jurídico independiente o simplemente una parte subordinada de algún sistema más amplio.

Se suele sostener que la Reina en Parlamento, considerada como una única entidad legislativa continua, satisface las exigencias de esta teoría, y que la soberanía del Parlamento consiste en ese hecho. Cualquiera sea la exactitud de esta creencia (algunos de cuyos aspectos serán considerados más tarde en el capítulo VI), podemos ciertamente reproducir con total coherencia en el mundo simple imaginario de Rex I lo que la teoría exige. Es instructivo hacerlo antes de considerar el caso más complejo de un estado moderno, puesto que las implicaciones totales de la teoría aparecen con más claridad de esta manera. Para superar las críticas hechas en el apartado primero a la noción de hábitos de obediencia, podemos concebir la situación en términos de reglas y no de hábitos. En base a esto imaginaremos una sociedad en la que hay una regla generalmente aceptada por los tribunales, funcionarios y ciudadanos, en el sentido de que todas las veces que Rex ordena algo su palabra constituye una pauta o criterio de conducta para el grupo. Puede ocurrir que para distinguir aquellas expresiones de deseos "privados", que Rex no quiere que tengan un *status* "oficial", de aquéllas que quiere que lo tengan, se adopten también reglas auxiliares que especifican un estilo especial que el monarca ha de usar cuando legisla "en su carácter de rey", pero no cuando da órdenes privadas a su mujer o a su favorita. Tales reglas, que hacen a la manera y a la forma de la legislación, deben ser tomadas en serio si han de servir su propósito, y ellas pueden, en ocasiones, incomodar a Rex. Sin embargo, aunque bien podemos calificarlas de reglas

jurídicas, no es menester que veamos en ellas "límites" a su potestad legislativa, puesto que si Rex sigue la forma requerida no hay materia sobre la que no pueda legislar para llevar a cabo sus deseos. El "área", auque no la "forma", de su potestad legislativa no está limitada por el derecho.

La objeción a la teoría en tanto que teoría general del derecho es que la existencia de un soberano no sometido a limitaciones jurídicas, tal como Rex en esta sociedad imaginaria, no es una condición o presupuesto necesario de la existencia del derecho. Para establecer esto no necesitamos invocar tipos de derecho discutibles u objetables. Nuestro argumento, en consecuencia, no se apoya en sistemas de derecho consuetudinario o en el derecho internacional, a los que algunos quieren negar el título de derecho precisamente porque carecen de legislatura. Es completamente innecesario recurrir a esos casos; porque la concepción del soberano jurídicamente ilimitado desfigura el carácter del derecho en muchos estados modernos en los que nadie cuestionaría que hay derecho. Aquí tenemos legislaturas, pero muchas veces la potestad legislativa suprema dentro del sistema está muy lejos de ser ilimitada. Una constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura no simplemente al especificar la forma y la manera de la legislación (cosas que, podemos conceder, no son limitaciones), sino al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo.

Por otra parte, antes de examinar el caso complejo de un estado moderno, es útil ver, en el mundo simple donde Rex es legislador supremo, qué significarían realmente "las limitaciones jurídicas a su potestad legislativa", y por qué ésta es una noción perfectamente coherente.

En la sociedad simple de Rex puede ocurrir que haya una regla aceptada (esté o no incorporada en una constitución escrita) en el sentido de que ninguna norma jurídica dictada por aquél será válida si excluye del territorio a los habitantes nativos o dispone que pueden ser privados de la libertad sin juicio, y que cualquier medida contraria a estas provisiones será nula y

tratada así por todos. En tal supuesto, las potestades de Rex para legislar estarían sometidas a limitaciones que serían indudablemente jurídicas, aun cuando no nos sintamos inclinados a llamar a tal regla constitucional fundamental "*una* norma jurídica". A diferencia del desprecio a la opinión popular o a las convicciones morales de la población, opinión o convicciones que Rex podría a menudo respetar aun en contra de sus deseos, el no acatamiento de estas restricciones específicas haría que su legislación fuese nula. Los tribunales se ocuparían de ellas, en consecuencia, en forma distinta a cómo lo harían respecto de los otros límites simplemente morales o *de facto* impuestos al ejercicio de la potestad del legislador. Sin embargo, a pesar de estas limitaciones jurídicas, no cabe duda de que las disposiciones adoptadas por Rex dentro de su ámbito son derecho, y que en su sociedad hay un sistema jurídico independiente.

Es importante que nos detengamos un poco más en este caso simple imaginario, para ver precisamente en qué consisten los límites jurídicos de este tipo. Podríamos expresar la posición de Rex diciendo que él "no puede" aprobar normas que autoricen la privación de la libertad sin juicio; es esclarecedor contraponer este sentido de "no puede" a aquél que indica que una persona tiene alguna obligación o deber jurídico de omitir algo. "No puede" es usado en este último sentido cuando decimos "Ud. no puede andar en bicicleta por la vereda". Una constitución que efectivamente limita las potestades legislativas de la suprema legislatura del sistema no lo hace (o, en todo caso, no es necesario que lo haga) imponiendo a aquélla el deber de no intentar legislar de ciertas maneras; en lugar de ello establece que tal pretendida legislación será nula. No impone deberes jurídicos sino que establece incompetencias jurídicas. "Límites" no significa aquí la presencia de un *deber* sino la ausencia de potestad jurídica.

Tales restricciones a la potestad legislativa de Rex bien pueden ser llamadas constitucionales: pero ellas no son meras cuestiones morales o convenciones, sin relevancia para los jueces. Ellas son parte de la regla que confiere autoridad para legislar

y tienen vital interés para los tribunales, ya que éstos utilizan tal regla como criterio para decidir acerca de la validez de los actos pretendidamente legislativos que llegan a su conocimiento. Pero aunque estas restricciones son jurídicas y no meramente morales o convencionales, su presencia o ausencia no puede ser expresada afirmando o negando que Rex obedece habitualmente a otras personas. Puede ocurrir que aquél esté sometido a tales restricciones y que nunca trate de eludirlas; y, sin embargo, puede ser que no haya ninguna persona a quien Rex obedezca habitualmente. Este simplemente satisface las condiciones para crear derecho válido. O bien Rex puede tratar de eludir las restricciones, emitiendo órdenes incompatibles con ellas; pero si hace esto no habrá desobedecido a nadie; no habrá transgredido las reglas de ningún legislador superior ni violado un deber jurídico. Sin duda que habrá fracasado en su intento de crear una norma jurídica válida, pero eso no significa que transgredió una norma jurídica válida. A la inversa, si en la regla constitucional que habilita a Rex para legislar no hay restricciones jurídicas a la autoridad de Rex para hacerlo, el hecho de que habitualmente obedezca las órdenes de Tyrannus, el monarca del territorio vecino, no privará a las normas sancionadas por Rex de su *status* de derecho, ni probará que ellas son partes subordinadas de un sistema único donde Tyrannus tiene autoridad suprema.

Las muy obvias consideraciones precedentes establecen una cantidad de puntos muy oscurecidos por la doctrina simple del soberano y que, sin embargo, son vitales para la comprensión del fundamento de un sistema jurídico. Podemos resumirlos como sigue: En primer lugar, las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún legislador superior, sino en incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar.

En segundo lugar, para determinar si una pretendida norma sancionada es derecho no tenemos que remontarnos a la norma sancionada, en forma expresa o tácita, por un legislador que es "soberano" o "ilimitado", ya en el sentido de que su autoridad para legislar es jurídicamente ilimitada o en el sentido de que

no obedece a nadie en forma habitual. En lugar de ello, tenemos que demostrar que fue creada por un legislador que estaba habilitado para legislar de acuerdo con alguna regla existente, y que, o bien esta regla no establece restricciones, o no hay ninguna que afecte la particular norma de que se trata.

En tercer lugar, para demostrar que tenemos ante nosotros un sistema jurídico independiente, no es menester demostrar que su legislador supremo es jurídicamente ilimitado o que no obedece habitualmente a ninguna otra persona. Hay que demostrar, simplemente, que las reglas que habilitan al legislador no confieren autoridad superior a quienes tienen también autoridad sobre otro territorio. Inversamente, el hecho de que el legislador no está sometido a tal autoridad extranjera no significa que tiene autoridad ilimitada dentro de su territorio.

En cuarto lugar, tenemos que distinguir entre una autoridad legislativa jurídicamente ilimitada y una que, aunque limitada, es suprema en el sistema. Rex puede ser la más alta autoridad legislativa conocida por el derecho de su comunidad, en el sentido de que cualquier otra legislación puede ser derogada por la suya, aun cuando la suya propia esté limitada por una constitución.

En quinto lugar, mientras que la presencia o ausencia de reglas que limitan la competencia del legislador es crucial, los hábitos de obediencia del legislador tienen, en el mejor de los casos, alguna importancia como medio de prueba indirecto. La única relevancia del hecho, si hay tal hecho, de que el legislador no obedece habitualmente a otras personas, es que a veces puede servir de prueba, que está lejos de ser concluyente, de que su autoridad para legislar no está subordinada, por reglas constitucionales o legales, a la de otros. Del mismo modo, la única relevancia del hecho de que el legislador obedece habitualmente a otro, es que esto puede servir para probar que, según las reglas, su autoridad para legislar está subordinada a la de otros.

4. EL SOBERANO DETRAS DE LA LEGISLATURA

En el mundo moderno hay muchos sistemas jurídicos en los que el cuerpo que normalmente se considera como legislatura suprema dentro del sistema, está sometido a limitaciones jurídicas en el ejercicio de sus potestades legislativas; sin embargo, tal como concederán los juristas prácticos y los teóricos, las normas sancionadas por tal legislatura dentro del ámbito de sus potestades limitadas son obviamente derecho. En estos casos, para poder mantener la teoría de que dondequiera que hay derecho hay un soberano no susceptible de limitación jurídica, es menester buscar tal soberano detrás de la legislatura jurídicamente limitada. Si es o no posible hallarlo es el problema que debemos considerar ahora.

Podemos prescindir por el momento de las provisiones, que todo sistema jurídico tiene que hacer de un modo u otro, aunque no necesariamente mediante una constitución escrita, relativas a las condiciones que deben reunir los legisladores y a la "manera y forma" de la legislación. Estas pueden ser consideradas como especificaciones de la identidad del cuerpo legislativo y de qué es lo que éste debe hacer para legislar, y no como limitaciones jurídicas al alcance de su potestad legislativa; aunque, de hecho, como la experiencia de Sud Africa lo ha demostrado[5], es difícil dar criterios generales que distingan en forma satisfactoria las meras provisiones acerca de la "manera y forma" de la legislación o las definiciones del cuerpo legislativo, de las limitaciones "de fondo".

Encontramos, sin embargo, ejemplos obvios de limitaciones de fondo en constituciones federales tales como las de Estados Unidos o Australia, donde la división de los poderes entre el gobierno central y los estados miembros, y también ciertos derechos individuales, no pueden ser modificados por los procedimientos ordinarios de legislación. En estos casos una norma sancionada por la legislatura estadual o por la legislatura central, que sea incompatible con la división federal de los poderes o con los

[5] Ver *Harris v. Dönges* (1952), 1 T. L. R. 1245.

derechos individuales protegidos de esa manera, o que pretenda modificar una u otros, es susceptible de ser considerada *ultra vires*, y declarada jurídicamente inválida por los tribunales, en la medida en que entre en conflicto con las cláusulas constitucionales. La más famosa de tales limitaciones jurídicas a las potestades legislativas es la Enmienda Quinta de la Constitución de los Estados Unidos. Ella establece, entre otras cosas, que ninguna persona será privada "de su vida, libertad, o propiedad sin debido proceso legal"; y leyes del Congreso han sido declaradas inválidas por los tribunales cuando se las ha considerado en conflicto con esta o con otras retricciones impuestas por la Constitución a las potestades legislativas de aquel cuerpo.

Hay, por supuesto, muchos métodos diferentes de proteger las cláusulas de una constitución frente a los actos de la legislatura. En algunos casos, como el de Suiza, algunas cláusulas referentes a los derechos de los estados miembros de una federación y a los derechos individuales, aunque obligatorias en la forma, pueden ser tratadas como "simplemente políticas" o exhortatorias. En tales casos los tribunales no tienen jurisdicción para "revisar" las normas sancionadas por la legislatura federal y para declararlas inválidas, aun cuando estén en franco conflicto con las reglas de la constitución que delimitan el ámbito propio de los actos de la legislatura [6]. Se ha sostenido que ciertas cláusulas de la Constitución de los Estados Unidos suscitan "cuestiones políticas", y cuando un caso cae bajo esta categoría los tribunales no entran a considerar si la ley viola la Constitución.

Cuando la constitución impone limitaciones jurídicas a los actos normales de la legislatura suprema, ellas pueden o no ser inmunes a ciertas formas de modificación jurídica. Esto depende de la naturaleza de la cláusula que la constitución contenga respecto de su propia reforma. La mayor parte de las constituciones incluyen un amplio poder de enmienda a ser ejercido ya por un cuerpo distinto de la legislatura ordinaria, ya por los miembros de ésta usando un procedimiento especial. La cláusula del art.

[6] Ver Art. 113 de la Constitución Suiza.

V de la Constitución de los Estados Unidos relativa a las enmiendas ratificadas por las legislaturas de tres cuartas partes de los estados o por convenciones en las tres cuartas partes de ellos, es un ejemplo del primer tipo de potestad de reforma; y la cláusula relativa a enmiendas de la *South Africa Act* de 1909, art. 152, es un ejemplo del segundo tipo. Pero no todas las constituciones incluyen la potestad de introducir enmiendas, y a veces aun cuando exista tal potestad ciertas cláusulas de la constitución que imponen límites a la legislatura quedan fuera del alcance de ella; aquí la potestad de introducir enmiendas es en sí limitada. Esto puede ser observado (aunque las limitaciones carecen ya de importancia práctica), aun en la Constitución de los Estados Unidos. Porque el artículo V establece que "ninguna enmienda hecha con anterioridad al año 1808 afectará de manera alguna a las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero, y ningún estado podrá, sin su consentimiento, ser privado de la igualdad de voto en el Senado".

Cuando la legislatura está sometida a limitaciones que pueden, como ocurre en Sud Africa, ser eliminadas por los miembros de ella actuando de acuerdo con un procedimiento especial, es posible sostener que la legislatura puede ser identificada con el soberano no susceptible de limitaciones jurídicas que la teoría requiere. Los casos difíciles para ésta son aquéllos en que las restricciones a la legislatura pueden, como ocurre en los Estados Unidos, ser eliminados únicamente mediante el ejercicio de una potestad de enmienda confiada a un cuerpo especial, o cuando las restricciones están completamente fuera del alcance de toda potestad de enmienda.

Al considerar la pretensión de la teoría de dar cuenta de estos casos en forma consistente, debemos recordar, ya que a menudo se lo pasa por alto, que el propio Austin, al elaborar la teoría, *no* identificó al soberano con la legislatura, ni siquiera en Inglaterra. Tal era su opinión, aun cuando la Reina en Parlamento, según la doctrina normalmente aceptada, se encuentra libre de limitaciones jurídicas en su potestad legislativa, y por ello, es mencionada a menudo como un paradigma de lo que

significa "una legislatura soberana", por oposición al Congreso de los Estados Unidos o a otras legislaturas limitadas por una constitución "rígida". Austin pensaba, empero, que en toda democracia no son los representantes electos quienes constituyen o integran el cuerpo soberano, sino los electores. De ahí que en Inglaterra, "hablando con propiedad, los miembros de la Cámara de los Comunes son simples *trustees* del cuerpo que los elige y designa: y en consecuencia la soberanía reside siempre en los Pares del Reino y en el cuerpo electoral de los comunes"[7]. Del mismo modo, Austin sostuvo que en los Estados Unidos la soberanía de cada uno de los Estados, y "también del Estado más grande que surge de la Unión Federal, residía en los gobiernos de los Estados en cuanto forman un cuerpo colectivo, entendiendo por el gobierno de un Estado no su legislatura ordinaria sino el cuerpo de ciudadanos que la designa"[8].

Apreciada en esta perspectiva, la diferencia entre un sistema jurídico en el que la legislatura ordinaria está libre de limitaciones jurídicas y otros en que ella está sometida a tales limitaciones, se presenta simplemente como una diferencia entre la manera en que el electorado soberano decide ejercer sus potestades soberanas. En Inglaterra, de acuerdo con esta teoría, el único ejercicio directo que el electorado hace de su participación en la soberanía consiste en elegir representantes para ocupar bancas en el Parlamento y en delegarles su potestad soberana. Esta delegación es, en cierto sentido, absoluta, ya que aun cuando se impone a los legisladores el cargo de no abusar de los poderes delegados, este cargo sólo puede dar lugar, en su caso, a sanciones morales y los jueces no lo consideran asunto de su resorte, a diferencia de las limitaciones jurídicas a la potestad legislativa. Por el contrario, en los Estados Unidos, como en toda democracia, donde la legislatura ordinaria está jurídicamente limitada, el cuerpo electoral no ha circunscripto su ejercicio de potestad soberana a la elección de delegados, sino que ha sometido a éstos a restric-

[7] Austin, *Province of Jurisprudence Determined,* Conferencia VI, págs. 230-1.
[8] *Ibid,* pág. 251.

ciones jurídicas. Aquí puede considerarse al electorado como una "legislatura extraordinaria y ulterior", superior a la legislatura ordinaria que está jurídicamente "obligada" a observar las restricciones constitucionales; en caso de conflicto, los tribunales declararán inválidas las leyes de la legislatura ordinaria. Aquí, pues, es en el electorado donde se encuentra el soberano libre de toda limitación jurídica que la teoría exige.

Resulta claro que en estas extensiones adicionales de la teoría la simple concepción inicial del soberano ha experimentado cierto refinamiento, si no una transformación radical. La descripción del soberano como "la persona o personas frente a quien el grueso de la sociedad tiene un hábito de obediencia" admitía, como vimos en el primer apartado de este capítulo, una aplicación casi literal en el caso de la forma más simple de sociedad, en la que Rex era monarca absoluto y no había ninguna provisión para su sucesión como legislador. Cuando se establece tal provisión, la consiguiente continuidad de la autoridad legislativa, que es una característica saliente de un sistema jurídico moderno, no puede ser expresada en los términos simples de hábitos de obediencia, sino que reclama la noción de una regla aceptada, según la cual el sucesor tiene derecho a legislar antes de hacerlo efectivamente y de recibir obediencia. Pero la identificación del soberano con el electorado no tiene ninguna plausibilidad, a menos que acordemos a "hábito de obediencia" y "persona o personas" un significado completamente distinto del que recibían en el caso simple y que sólo puede aclararse si se introduce en forma subrepticia la noción de una regla aceptada. El esquema simple de hábitos de obediencia y órdenes no basta para ello.

Esto puede ser demostrado de muchas maneras diferentes. Surge con mayor claridad si consideramos una democracia en la que están excluidos del electorado únicamente los niños y los insanos, y éste constituye, por lo tanto, "el grueso" de la población, o si imaginamos un grupo social simple de adultos cuerdos donde todos tienen derecho a votar. Si en tales casos intentamos ver en el electorado el soberano, y le aplicamos las definiciones simples de la teoría original, tendremos que decir que aquí "el grueso"

de la sociedad habitualmente se obedece a sí mismo. De este modo la imagen originariamente clara de una sociedad dividida en dos segmentos: el soberano libre de limitación jurídica que da órdenes y los súbditos que habitualmente obedecen, ha sido reemplazada por la imagen borrosa de una sociedad en la que la mayoría obedece órdenes dadas por la mayoría o por todos. Sin duda que aquí no tenemos ni "órdenes" en el sentido original (expresión de la intención de que *otros* se comporten de cierta manera), ni obediencia.

Para hacer frente a esta crítica, puede hacerse una distinción entre los miembros de la sociedad en su condición privada de individuos, y las mismas personas en su condición oficial de electores o legisladores. Tal distinción es perfectamente inteligible; en verdad muchos fenómenos jurídicos y políticos son presentados del modo más natural en tales términos; pero no puede salvar a la teoría del soberano aunque estemos dispuestos a dar el paso adicional de decir que los individuos en su condición oficial constituyen una *persona distinta* que es habitualmente obedecida. Porque si nos preguntamos qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que un grupo de personas al elegir un representante o al dar una orden han actuado no como "individuos" sino en su "capacidad oficial", sólo puede responderse haciendo referencia a ciertas reglas que determinan qué condiciones deben reunir aquellas personas y qué es lo que ellas deben hacer para llevar a cabo una elección válida o crear una norma jurídica válida. Sólo aludiendo a tales reglas podemos identificar algo como una elección o como una norma jurídica, hecha o creada por este cuerpo de personas. Tales cosas no pueden ser atribuidas al cuerpo "que las hace" mediante el mismo criterio natural que usamos al atribuir a un individuo órdenes verbales o escritas.

¿Qué significa, pues, que tales reglas existen? Dado que ellas son reglas que definen lo que los miembros de la sociedad tienen que hacer para funcionar como electorado (y, de tal manera, para los fines de la teoría, como soberano), ellas no pueden a su vez poseer el *status* de órdenes dictadas por el soberano, porque nada puede ser considerado una orden de éste a menos que las reglas existan ya y hayan sido observadas.

¿Podemos decir entonces que estas reglas sólo son parte de la descripción de los hábitos de obediencia de la población? En un caso simple en que el soberano es una persona única a quien el grueso de la sociedad obedece si, y sólo si, da sus órdenes de cierta forma, por ejemplo por escrito, firmadas y refrendadas, podríamos decir, con las reservas hechas en el apartado primero al uso de la noción de hábito en este caso, que la regla que establece que el soberano ha de legislar de esa manera no es más que una parte de la descripción de los hábitos de obediencia de la sociedad: ellos lo obedecen habitualmente *cuando* da órdenes de esa manera. Pero en los casos en que la persona del soberano no es identificable con independencia de las reglas, no podemos representar las reglas diciendo que son meramente términos o condiciones bajo los cuales la sociedad obedece habitualmente al soberano. Las reglas son *constitutivas* del soberano, no simplemente algo que deberíamos mencionar en una descripción de los hábitos de obediencia al soberano. De tal manera, no podemos decir que en el caso presente las reglas que especifican el procedimiento a seguir por el electorado, representan las condiciones bajo las cuales la sociedad, como conjunto de individuos, se obedece a sí misma en cuanto electorado; porque la expresión "la sociedad en cuanto electorado" no hace referencia a una persona identificable por aparte de las reglas. Es una referencia, condensada, al hecho de que los electores han cumplido con las reglas al elegir sus representantes. En todo caso podríamos decir (pasible de las objeciones hechas en el apartado primero) que las reglas establecen las condiciones bajo las cuales las *personas elegidas* son habitualmente obedecidas: pero esto nos haría regresar a una forma de la teoría en la que la legislatura, no el electorado, es el soberano, y subsistirían todas las dificultades que surgen del hecho de que las potestades legislativas de tal legislatura podrían estar sometidas a limitaciones jurídicas.

Estos argumentos contra la teoría, como los desarrollados en la primera parte de este capítulo, son fundamentales en el sentido de que equivalen a la afirmación de que la teoría no es simplemente equivocada en el detalle, sino que la simple idea de

órdenes, hábitos y obediencia no puede ser adecuada para el análisis del derecho. Lo que hace falta, en cambio, es la noción de regla que confiere potestades, que pueden ser limitadas o ilimitadas, a personas que reúnen ciertos requisitos, para legislar mediante la observancia de cierto procedimiento.

Al margen de lo que puede calificarse de inadecuación conceptual general de la teoría, existen muchas objeciones accesorias a este intento de alojar en ella el hecho de que la que ordinariamente sería considerada como legislatura suprema puede estar jurídicamente limitada. Si en tales casos el soberano ha de identificarse con el electorado, bien podemos preguntar, aun cuando el último tenga un poder de enmienda sin límites que le permita remover las restricciones impuestas a la legislatura ordinaria, si es verdad que estas restricciones son jurídicas porque el electorado ha dado órdenes que la legislatura ordinaria obedece habitualmente. Podríamos retirar nuestra objeción de que las limitaciones jurídicas a la potestad legislativa no son bien representadas como órdenes ni, concordantemente, como *deberes* impuestos a ella. ¿Podemos, aún así, suponer que estas restricciones son deberes que el electorado ha ordenado, incluso *tácitamente*, que la legislatura cumpla? Todas las objeciones formuladas en capítulos anteriores a la idea de órdenes tácitas se aplican aún con más fuerza aquí. El no ejercicio de un poder de enmienda tan complejo como el establecido por la Constitución de los Estados Unidos, puede ser un índice muy pobre de los deseos del electorado, aunque a menudo un indicio atendible de su ignorancia e indiferencia. Estamos a una enorme distancia del caso del general de quien podemos decir, quizás plausiblemente, que ha ordenado en forma tácita que sus hombres hagan lo que, según sabe el general, el sargento les ha dicho que hagan.

Por otra parte, ¿qué habremos de decir, en términos de la teoría, cuando existen algunas restricciones a la legislatura que están por completo fuera del alcance de la potestad de enmienda conferida al electorado? Esto no es simplemente concebible sino que es lo que ocurre en algunos casos. Aquí el electorado está sometido a limitaciones jurídicas, y aunque puede ser denomi-

nado una legislatura extraordinaria, no está exento de limitación jurídica y, por lo tanto, no es soberano. ¿Hemos de decir que la sociedad como un todo es soberana y que estas limitaciones jurídicas han sido tácitamente ordenadas por *ella*, desde que no se ha rebelado contra las mismas? Esto haría insostenible la distinción entre legislación y revolución; ello basta, quizás, para rechazar tal idea.

Finalmente, la teoría que considera al electorado como soberano sólo contempla, en el mejor de los casos, una legislatura limitada en una democracia donde existe electorado. Sin embargo, no hay nada absurdo en la noción de un monarca hereditario como Rex que goza de potestades jurídicas limitadas, que son a la vez limitadas y supremas dentro del sistema.

CAPÍTULO V

EL DERECHO COMO UNION DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

1. UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA

En los tres capítulos precedentes hemos visto que, en varios puntos cruciales, el modelo simple del derecho como órdenes coercitivas del soberano no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico. Para demostrar esto no creímos necesario invocar, como otros críticos, el derecho internacional o el derecho primitivo, que algunos pueden considerar ejemplos discutibles o casos marginales de derecho; en lugar de ello señalamos ciertas notas familiares del derecho de un estado moderno, y mostramos que ellas resultaban desfiguradas o totalmente desatendidas en esta teoría demasiado simple.

Las principales formas en que dicha teoría fracasa son lo suficientemente instructivas para merecer un segundo resumen. Primero, se hizo claro que aunque entre todas las variedades de derecho son las leyes penales, que prohiben o prescriben ciertas acciones bajo castigo, las que más se parecen a órdenes respaldadas por amenazas dadas por una persona a otras, tales leyes, sin embargo, difieren de dichas órdenes en un aspecto importante, a saber, que por lo común también se aplican a quienes las sancionan, y no simplemente a otros. En segundo lugar, hay otras variedades de normas, principalmente aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar (potestades públicas) o para crear o modificar relaciones jurídicas (potestades privadas), que no pueden, sin caer en el absurdo, ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenazas. En tercer lugar,

hay reglas jurídicas que difieren de las órdenes en su modo de origen, porque ellas no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita. Finalmente, el análisis del derecho en términos del soberano habitualmente obedecido y necesariamente libre de toda limitación jurídica, no da razón de la continuidad de la autoridad legislativa, característica de un moderno sistema jurídico, y la persona o personas soberanas no pueden ser identificadas con el electorado o con la legislatura de un estado moderno.

Será menester recordar que al criticar así la concepción del derecho como órdenes coercitivas del soberano, consideramos también una cantidad de artificios auxiliares que fueron introducidos a costa de alterar la simplicidad primitiva de la teoría para superar sus dificultades. Pero también estos recursos fracasaron. Uno de ellos, la noción de orden tácita, pareció no tener aplicación a las complejas realidades de un sistema jurídico moderno, sino únicamente a situaciones mucho más simples, tales como la de un general que deliberadamente se abstiene de interferir en las órdenes dadas por sus subordinados. Otros artificios, tales como el de tratar a las reglas que confieren potestades como meros fragmentos de reglas que imponen deberes, o de tratar a todas las reglas como dirigidas únicamente a los funcionarios, desfiguran las maneras en que se alude a esas reglas, se las concibe, y se las usa efectivamente en la vida social. Esto no tiene mejores títulos para obtener nuestro asentimiento que la teoría de que todas las reglas de un juego son "realmente" directivas para el árbitro. El artificio para reconciliar el carácter auto-obligatorio de la legislación con la teoría de que una ley es una orden dada *a otros,* fue considerar a los legisladores, cuando actúan en su capacidad oficial, como *una* persona que ordena a *otras,* entre quienes se incluye a los propios legisladores en su capacidad privada. Este recurso en sí impecable, obliga a complementar la teoría con algo que ella no contiene: la noción de una regla que define lo que hay que hacer para legislar. Porque sólo conformándose con tal regla los legisladores tienen una capacidad oficial y una personalidad separada, que puede distinguirse de la que poseen en cuanto individuos particulares.

Los tres capítulos precedentes, por lo tanto, son testimonio de un fracaso y, obviamente, hace falta empezar de nuevo. El fracaso, empero, es aleccionador, y mereció la consideración detallada que le dedicamos, porque en cada punto en que la teoría no se adecuó a los hechos fue posible ver, por lo menos en forma esquemática, por qué tenía que fracasar y qué es lo que hacía falta para obtener una mejor explicación. La raíz del fracaso es que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho. Es verdad que la idea de regla no es en modo alguno simple: hemos visto ya en el capítulo III que, para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.

Hemos ofrecido ya algún análisis preliminar de lo que va implicado en la afirmación de que en un determinado grupo social existen reglas de estos dos tipos, y en este capítulo no sólo llevaremos ese análisis un poco más adelante sino que defenderemos la tesis general de que en la combinación de estos dos tipos de reglas se encuentra lo que Austin, erróneamente, creía

haber hallado en la noción de órdenes coercitivas, a saber, "la clave de la ciencia de la jurisprudencia". No pretenderemos, ciertamente, que siempre que se usa "con propiedad" la palabra "derecho" ha de hallarse esta combinación de reglas primarias y secundarias: porque resulta claro que los muy variados casos respecto de los cuales se usa la palabra "derecho" no están unidos entre sí por tal uniformidad simple, sino por relaciones menos directas, a menudo por relaciones de analogía, de forma o de contenido, con un caso central. Lo que trataremos de mostrar, en éste y en los capítulos subsiguientes, es que la mayor parte de las características del derecho que se han presentado como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda de una definición, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de reglas y la acción recíproca entre ellos. Atribuimos a esta unión de elementos un lugar central en razón de su poder explicativo para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico. La justificación del uso de la palabra "derecho" para un campo aparentemente heterogéneo de casos es una cuestión secundaria, que puede ser abordada cuando se han aprehendido los elementos centrales.

2. LA IDEA DE OBLIGACION

Se recordará que la teoría del derecho como órdenes coercitivas, a pesar de sus errores, partía de la apreciación perfectamente correcta del hecho de que donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria. Al elegir este punto de partida, la teoría estaba bien inspirada, y al construir una nueva explicación del derecho en términos de la interacción de reglas primarias y secundarias, nosotros también partiremos de la misma idea. Sin embargo, es aquí, en este crucial primer paso, donde tenemos más que aprender de los errores de aquella teoría.

Recordemos la situación del asaltante. A. ordena a B. entregarle el dinero y lo amenaza con disparar sobre él si no cumple. De acuerdo con la teoría de las órdenes coercitivas esta situación ejemplifica el concepto de obligación o deber en ge-

neral. La obligación jurídica consiste en esta situación a escala mayor; A. tiene que ser el soberano, habitualmente obedecido, y las órdenes tienen que ser generales, prescribiendo cursos de conducta y no acciones aisladas. La plausibilidad de pretender que la situación del asaltante despliega el significado de "obligación", consiste en el hecho de que, ciertamente, es una situación en la que diríamos que B., si obedeció, "se vio obligado" a ello. Sin embargo, es igualmente cierto que no describiríamos adecuadamente la situación si dijéramos, en base a estos hechos, que B. "tenía la obligación" o el "deber" de entregar el dinero. Así, desde el comienzo, resulta claro que necesitamos algo más para comprender la idea de obligación. Hay una diferencia, todavía no explicada, entre la aserción de que alguien *se vio obligado* a hacer algo, y la aserción de que *tenía la obligación* de hacerlo. Lo primero es, a menudo, una afirmación acerca de las creencias y motivos que acompañan a una acción: decir que B. se vio obligado a entregar el dinero puede significar simplemente, como ocurre en el caso del asaltante, que él creyó que si no lo hacía sufriría algún daño u otras consecuencias desagradables, y entregó el dinero para evitar dichas consecuencias. En tales casos la perspectiva de lo que podría sucederle al agente si desobedece, hace que algo que en otras circunstancias hubiera preferido hacer (conservar el dinero) resulte una acción menos preferible.

Dos elementos adicionales complican ligeramente la elucidación de la idea de verse obligado a hacer algo. Parece claro que no pensaríamos que B. se vio obligado a entregar el dinero si el daño con que se lo amenazó hubiera sido, de acuerdo con la apreciación común, un daño trivial en comparación con las desventajas o consecuencias serias, para B. o para otros, de acatar las órdenes. Tal sería el caso, por ejemplo, si A. simplemente hubiera amenazado a B. con pellizcarlo. Tampoco diríamos, quizás, que B. se vio obligado, si no había fundamentos razonables para pensar que A. llevaría a la práctica su amenaza de causarle un daño relativamente serio. Sin embargo, aunque en esta noción van implícitas tales referencias a la apreciación común de un daño comparativo y de un cálculo razonable de probabilidad,

el enunciado de que una persona se vio obligada a obedecer a otra es, en lo principal, un enunciado psicológico que se refiere a las creencias y motivos que acompañaron a una acción. Pero el enunciado de que alguien *tenía la obligación* de hacer algo es de un tipo muy diferente y hay numerosos signos de esa diferencia. Así, no sólo ocurre que los hechos acerca de la acción de B. y sus creencias y motivos, en el caso del asaltante, aunque suficientes para sustentar la afirmación de que B. se vio obligado a entregar su cartera, no son *suficientes* para sustentar el enundo de que tenía la obligación de hacerlo. Ocurre también que hechos de este tipo, es decir, hechos acerca de creencias y motivos, *no son necesarios* para la verdad de un enunciado que afirma que una persona tenía la obligación de hacer algo. Así, el enunciado de que una persona tenía la obligación, por ejemplo, de decir la verdad o de presentarse a cumplir el servicio militar, sigue siendo verdadero aunque esa persona creyera (razonablemente o no) que nunca sería descubierto y que nada tenía que temer a causa de la desobediencia. Además, mientras que el enunciado de que alguien tenía esa obligación es totalmente independiente del problema de si efectivamente se presentó o no al servicio militar, el enunciado de que alguien se vio obligado a hacer algo lleva normalmente la implicación de que realmente lo hizo.

Algunos teóricos, entre ellos Austin, advirtiendo quizás la general irrelevancia de las creencias, temores y motivos de una persona respecto de la cuestión de si ella tenía obligación de hacer algo, han definido esta noción no en términos de esos hechos subjetivos, sino en términos de la *probabilidad* o *riesgo* de que la persona que tiene la obligación sufra un castigo o un "mal" a manos de otros en caso de desobediencia. Esto, en efecto, es tratar a los enunciados de obligación no como enunciados psicológicos, sino como predicciones o cálculos del riesgo de recibir un castigo o sufrir un "mal". A muchos teóricos posteriores esto les ha parecido una revelación, que trae a la tierra una noción esquiva y la reformula en los mismos términos claros, rigurosos y empíricos que se usan en la ciencia. Algunas veces ha sido

aceptado, en efecto, como la única alternativa frente a las concepciones metafísicas de la obligación y el deber en tanto que objetos invisibles que existen misteriosamente "por encima" o "por detrás" del mundo de los hechos ordinarios y observables. Pero hay muchas razones para rechazar esta interpretación de los enunciados de obligación como predicciones, y ella no es realmente la única alternativa frente a una metafísica oscura.

La objeción fundamental es que la interpretación predictiva oscurece el hecho de que, cuando existen reglas, las desviaciones respecto de ellas no son simples fundamentos para la predicción de que sobrevendrán reacciones hostiles o de que un tribunal aplicará sanciones a quienes las transgreden; tales desviaciones son también una razón o justificación para dichas reacciones y sanciones. En el capítulo IV ya hicimos notar esta indiferencia hacia el aspecto interno de las reglas; en el presente capítulo nos ocuparemos más en detalle de ello.

Hay, empero, una segunda objeción, más simple, a la interpretación predictiva de la obligación. Si fuera verdad que el enunciado de que una persona tenía una obligación significa que era probable que *él* sufriera un castigo en caso de desobediencia, sería una contradicción decir que dicha persona tenía una obligación, por ejemplo, la de presentarse a cumplir el servicio militar, pero que debido al hecho de que consiguió huir de la jurisdicción, o pudo sobornar a la policía o al tribunal, *no* existe la mínima probabilidad de que sea aprehendido o de que se le aplique un castigo. En realidad no hay contradicción en decir esto, y tales enunciados son frecuentemente formulados y comprendidos.

Es verdad, por supuesto, que en un sistema jurídico normal en el que se sanciona una elevada proporción de transgresiones, un transgresor corre usualmente el riesgo de sufrir el castigo; así por lo común, el enunciado de que una persona tiene una obligación y el enunciado de que es probable que se lo castigue a causa de la desobediencia, serán ambos verdaderos. En verdad, la conexión entre estos dos enunciados es de algún modo más fuerte: por lo menos en un sistema nacional bien puede ocurrir

que, a menos que *en general* sea probable que se apliquen las sanciones a los transgresores, de poco o nada valdría hacer enunciados particulares acerca de las obligaciones de una persona. En este sentido, se puede decir que tales enunciados presuponen la creencia en el funcionamiento normal continuado del sistema de sanciones, del mismo modo que en el fútbol la expresión "saque lateral" presupone, aunque no afirma, que los jugadores, el árbitro y el *linesman* probablemente tomarán las consiguientes medidas. Sin embargo, es crucial para la comprensión de la idea de obligación advertir que en los casos individuales el enunciado de que una persona tiene una obligación según cierta regla, y la predicción de que probablemente habrá de sufrir un castigo a causa de la desobediencia, pueden no coincidir.

Resulta claro que en la situación del asaltante no hay obligación, aunque la idea más simple de verse obligado a hacer algo puede bien ser definida según los elementos allí presentes. Para comprender la idea general de obligación como necesario preliminar para comprenderla en su forma jurídica, debemos volver nuestra mirada a una situación social distinta que, a diferencia de la situación del asaltante, incluye la existencia de reglas sociales; porque esta situación contribuye de dos maneras al significado del enunciado de que una persona tiene una obligación. Primero, la existencia de tales reglas, que hacen de ciertos tipos de comportamiento una pauta o modelo, es el trasfondo normal o el contexto propio, aunque no expreso, de tal enunciado; y, en segundo lugar, la función distintiva de este último es aplicar tal regla general a una persona particular, destacando el hecho de que su caso queda comprendido por ella. Hemos visto ya en el capítulo IV que en la existencia de reglas sociales está de por medio una combinación de conducta regular con una actitud distintiva hacia esa conducta en cuanto pauta o modelo de comportamiento. Hemos visto también las principales formas en que aquéllas difieren de los meros hábitos sociales, y cómo el variado vocabulario normativo, ("deber", "tener que", etc.), se usa para destacar o poner de manifiesto la pauta o modelo y las desviaciones respecto del mismo, y para formular las exigencias, críticas o re-

conocimientos que pueden basarse en él. Dentro de esta clase de términos normativos, las palabras "obligación" y "deber" forman una importante subclase, y llevan consigo ciertas implicaciones que por lo común no están presentes en las otras. De aquí que aunque para entender la noción de obligación o deber es ciertamente indispensable captar los elementos que en general diferencian las reglas sociales de los meros hábitos, ello no es de por sí suficiente.

El enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación, implica sin duda alguna la existencia de una regla; sin embargo no siempre es el caso que cuando existen reglas, la conducta requerida por ellas es concebida en términos de obligación. "El debía" ("he ought to have") y "él tenía la obligación" ("he had an obligation to") no son siempre expresiones intercambiables, aún cuando ambas coinciden en comportar una referencia implícita a pautas o criterios de conducta existentes, o son usadas para extraer conclusiones, en casos particulares, a partir de una regla general. Las reglas de etiqueta o del habla correcta, son ciertamente reglas: ellas no son meros hábitos convergentes o regularidades de conducta; se las enseña y se hacen esfuerzos para preservarlas; son usadas para criticar nuestra conducta y la conducta ajena mediante el característico vocabulario normativo, "Debes quitarte el sombrero", "Es incorrecto decir 'fuistes'". Pero usar, en conexión con reglas de este tipo, las palabras "obligación" o "deber", sería engañoso o equívoco y no simplemente anómalo desde un punto de vista estilístico. Describiría en forma inadecuada una situación social, porque aunque la línea que separa las reglas de obligación de otras reglas es, en ciertos puntos, una línea vaga, sin embargo la razón principal de la distinción es bastante clara.

Se dice y se piensa que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande. Tales reglas pueden ser de origen puramente consuetudinario: puede no haber un sistema centralmente organizado de castigos frente a la transgresión de ellas;

la presión social puede únicamente asumir la forma de una reacción crítica u hostil generalmente difundida que no llega a las sanciones físicas. Ella puede limitarse a manifestaciones verbales de desaprobación o a invocaciones al respeto de los individuos hacia la regla violada; puede depender en gran medida de sentimientos tales como vergüenza, remordimiento y culpa. Cuando la presión es del tipo mencionado en último término, podemos sentirnos inclinados a clasificar las reglas como parte de la moral del grupo social, y la obligación impuesta por ellas como obligación moral. A la inversa, cuando entre las formas de presión las sanciones físicas ocupan un lugar prominente o son usuales, aunque no estén definidas con precisión ni sean administradas por funcionarios, sino que su aplicación queda librada a la comunidad en general, estaremos inclinados a clasificar las reglas como una forma rudimentaria o primitiva de derecho. Podemos, por supuesto, hallar ambos tipos de presión social seria tras lo que es, en un sentido obvio, la misma regla de conducta. A veces esto puede ocurrir sin que haya indicación alguna de que una de ellas es peculiarmente apropiada para ser la forma de presión primaria, y la otra la secundaria; en tales casos la cuestión de si se trata de una regla moral o de una regla jurídica rudimentaria puede no ser susceptible de respuesta. Pero por el momento la posibilidad de trazar la línea entre el derecho y la moral no debe detenernos. Lo que vale la pena destacar es que la insistencia en la importancia o *seriedad* de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como dando origen a obligaciones.

Otras dos características de la obligación van naturalmente unidas a esta característica primaria. Las reglas sustentadas por esta presión social seria son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor. Es típico que reglas tan obviamente esenciales como las que restringen el libre uso de la fuerza sean concebidas en términos de obligación. Así también, las reglas que reclaman honestidad o veracidad, o que exigen que cumplamos con nuestras promesas, o que especifican qué ha de

hacer quien desempeña un papel o función distintivos dentro del grupo social, son concebidas en términos de "obligación" o quizás, con más frecuencia, de "deber". En segundo lugar, se reconoce generalmente que la conducta exigida por estas reglas, aunque sea beneficiosa para otros, puede hallarse en conflicto con lo que la persona que tiene el deber desea hacer. De aquí que se piensa que las obligaciones y deberes característicamente implican sacrificio o renuncia, y la constante posibilidad de conflicto entre la obligación o deber y el interés es, en todas las sociedades, uno de los lugares comunes del jurista y del moralista.

La imagen de una ligazón que ata a la persona obligada, imagen que la palabra "obligación" lleva en sí, y la noción similar de una deuda, latente en la palabra deber, son explicables en términos de estos tres factores, que distinguen las reglas de obligación o deber de otras reglas. En esta imagen que persigue a buena parte del pensamiento jurídico, la presión social aparece como una cadena que sujeta a aquellos que tienen obligaciones para que no puedan hacer lo que quieren. El otro extremo de la cadena está a veces en manos del grupo o de sus representantes oficiales, que reclaman el cumplimiento o aplican la pena; a veces es confiado por el grupo a un particular, que puede optar entre exigir o no el cumplimiento, o su valor equivalente. La primera situación tipifica los deberes u obligaciones del derecho penal; la segunda, los del derecho civil, donde concebimos a los particulares como titulares de derechos correlativos a las obligaciones.

Aunque estas imágenes o metáforas sean naturales y, quizás, esclarecedoras, no debemos permitir que se adueñen de nosotros, y nos lleven a una concepción equívoca de la obligación como algo que consiste esencialmente en algún sentimiento de presión o compulsión, experimentado por los obligados. El hecho de que las reglas que las imponen están por lo general sustentadas por una presión social seria, no implica que estar sometido a una obligación establecida por esas reglas es experimentar sentimientos de compulsión o de presión. De aquí que no es contradictorio decir que un cuentero empedernido tenía obligación de pagar el alquiler, pero no se sintió urgido a ello cuando se escapó sin ha-

cerlo. *Sentirse* obligado y tener una obligación son cosas diferentes, aunque con frecuencia concomitantes. Confundirlas sería una manera de desinterpretar, en términos de sentimientos psicológicos, el importante aspecto interno de las reglas que destacamos en el capítulo III.

Este aspecto interno de las reglas es, en verdad, algo a lo que tenemos que referirnos otra vez, antes de rechazar, en forma final, las pretensiones de la teoría predictiva. Porque un sostenedor de esta teoría bien puede preguntarnos por qué, si la presión social es una característica tan importante de las reglas que imponen obligaciones, estamos tan interesados en destacar las insuficiencias de la teoría predictiva, que asigna a esa misma característica un papel central, al definir la obligación en términos de la probabilidad de que el castigo amenazado, o la reacción hostil, subsigan a la desviación respecto de ciertas líneas de conducta. Puede parecer pequeña la diferencia que existe entre el análisis de un enunciado de obligación como la profecía, o el cálculo de probabilidad, de una reacción hostil frente a la conducta irregular, y nuestra tesis de que si bien ese enunciado presupone un trasfondo en el que las conductas irregulares enfrentan generalmente reacciones hostiles, su uso característico, sin embargo, no es predecir esto, sino expresar que el caso de una persona cae bajo tal regla. De hecho, sin embargo, esta diferencia no es pequeña. Por cierto que mientras no se capte su importancia no podremos entender adecuadamente todo el distintivo estilo de pensamiento, discurso y acción humanos que va involucrado en la existencia de reglas y que constituye la estructura normativa de la sociedad.

El siguiente contraste, que se formula también en términos del aspecto "interno" y "externo" de las reglas, puede servir para destacar lo que da a esta distinción su enorme importancia para comprender no sólo el derecho, sino la estructura de cualquier sociedad. Cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no

las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta. Podemos llamar a estos puntos de vista, el "punto de vista externo" y el "interno", respectivamente. Los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden, a su vez, ser de tipos diferentes. Porque el observador puede, sin aceptar él mismo las reglas, afirmar que el grupo las acepta, y referirse así, desde afuera, a la manera en que *ellos* ven las reglas desde el punto de vista interno. Pero cualesquiera sean las reglas, sean ellas de juegos, como las del ajedrez o del fútbol, o reglas jurídicas o morales, podemos, si lo preferimos, ocupar la posición de un observador que ni siquiera se refiere de esa manera al punto de vista interno del grupo. Tal observador se satisface simplemente con registrar las regularidades de conducta observables en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones, o castigos, que enfrentan a las desviaciones. Después de un tiempo el observador externo puede, sobre la base de las regularidades observadas, correlacionar la desviación con la reacción hostil y predecir con un aceptable grado de acierto, calculando las probabilidades, que una desviación de la conducta normal del grupo dará lugar a la reacción hostil o al castigo. Tal conocimiento no sólo puede revelar mucho acerca del grupo, sino que puede capacitar al espectador para vivir en él libre de las consecuencias desagradables que aguardarían a quien intentara vivir en el grupo sin poseer tal conocimiento.

Sin embargo, si el observador se atiene realmente en forma rígida a este punto de vista extremo y no da ninguna explicación de la manera en que los miembros del grupo que aceptan las reglas contemplan su propia conducta regular, su descripción de la vida de éstos no podrá ser, en modo alguno, una descripción en términos de reglas ni, por lo tanto, en términos de las nociones de obligación o deber que son dependientes de la noción de regla. En lugar de ello, su descripción será en términos de regularidades de conducta observables, predicciones, probabilidades y signos. Para tal observador, las desviaciones de un miembro del

grupo respecto de la conducta normal serán un signo de que probablemente sobrevendrá una reacción hostil, y nada más. Su visión del problema será como la de aquel que habiendo observado durante algún tiempo el funcionamiento de una señal de tránsito en una calle de movimiento intenso, se limita a decir que cuando se enciende la luz roja hay una alta probabilidad de que el tránsito se detenga. El ve en la señal luminosa un simple *signo* natural *de que* la gente se comportará de cierta manera, tal como las nubes son un *signo de que* lloverá. De esa manera nuestro observador no verá toda una dimensión de la vida social de aquellos a quienes observa, ya que para éstos la luz roja no es un mero signo de que los otros se detendrán: los miembros del grupo ven en la luz roja una *señal* para que ellos se detengan, y, por ello, una razón para detenerse de conformidad con las reglas que hacen que el detenerse cuando se enciende la luz roja sea una pauta o criterio de conducta y una obligación. Mencionar esto es introducir en la explicación la manera en que el grupo contempla su propia conducta. Es referirse al aspecto interno de las reglas, vistas desde el punto de vista interno.

El punto de vista externo puede reproducir muy aproximadamente la manera en que las reglas funcionan en la vida de ciertos miembros del grupo, a saber, aquellos que rechazan sus reglas y únicamente se interesan en ellas porque piensan que la violación desencadenará, probablemente, consecuencias desagradables. Su punto de vista tiene que expresarse diciendo: "Me vi obligado a hacerlo", "Es probable que me sancionen si....", "Probablemente Ud. será penado si...", "Ellos le harán esto si...". Pero no necesita formas de expresión como "tenía la obligación" o "Ud. tiene la obligación", porque ellas son únicamente exigidas por quienes ven su conducta y la de otras personas desde el punto de vista interno. Lo que no puede reproducir el punto de vista externo, que se limita a las regularidades observables de conducta, es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los funcionarios, abogados, o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la

vida social, como fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una *razón* para esa hostilidad.

Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo. Una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe. Quizás todas nuestras críticas a la teoría predictiva de la obligación pueden ser resumidas de la mejor manera, diciendo que ella hace precisamente eso con el aspecto interno de las reglas obligatorias.

3. LOS ELEMENTOS DEL DERECHO

Es posible, por supuesto, imaginar una sociedad sin una legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo. Hay, ciertamente, muchos estudios de comunidades primitivas en los que no sólo se sostiene que esa posibilidad se ha realizado, sino que se describe en detalle la vida de una sociedad donde el único medio de control social es aquella actitud general del grupo hacia sus pautas o criterios de comportamiento, en términos de los cuales hemos caracterizado las reglas de obligación. Una estructura social de este tipo es designada a menudo como una estructura social basada en la "costumbre"; pero no usaremos esta palabra, porque con frecuencia sugiere que las reglas consuetudinarias son muy antiguas y están apoyadas en una presión social menor que la que sustenta a otras reglas. Para evitar estas implicacio-

nes nos referiremos a tal estructura social como una estructura de reglas primarias de obligación. Para que una sociedad pueda vivir únicamente con tales reglas primarias, hay ciertas condiciones que, concediendo algunas pocas verdades trilladas relativas a la naturaleza humana y al mundo en que vivimos, tienen que estar claramente satisfechas. La primera de estas condiciones es que las reglas tienen que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen, en general, que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana los unos con los otros. De hecho tales reglas siempre aparecen en las sociedades primitivas que conocemos, junto con una variedad de otras reglas que imponen a los individuos deberes positivos diversos, como cumplir ciertos servicios o hacer contribuciones a la vida común. En segundo lugar, aunque tal sociedad puede exhibir la tensión, ya descripta, entre los que aceptan las reglas, y los que las rechazan excepto cuando el miedo de la presión social los induce a conformarse con ellas, es obvio que el último grupo no puede ser más que una minoría, para que pueda sobrevivir una sociedad de personas que tienen aproximadamente la misma fuerza física, organizada con tan poca cohesión. Porque de otra manera, quienes rechazan las reglas encontrarían muy poca presión social que temer. Esto también está confirmado por lo que sabemos de las comunidades primitivas en las que, aunque hay disidentes y malhechores, la mayoría vive de acuerdo con las reglas vistas desde el punto de vista interno.

Más importante para nuestro propósito actual es la consideración siguiente. Es obvio que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común, y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales. En cualesquiera otras condiciones una forma tan simple de control social resultará defectuosa, y requerirá diversas formas de complementación. En primer lugar, las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ningu-

na marca común identificatoria, excepto, por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto se parecerán a nuestras reglas de etiqueta. Por ello, si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá precedimiento alguno para solucionar esas dudas, ya sea mediante referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de ella. Porque, obviamente, tal procedimiento y el reconocimiento del texto o personas con autoridad, implican la existencia de reglas de un tipo diferente a las de obligación o deber que, *ex hipothesi,* son todas las reglas que el grupo tiene. Podemos llamar a este defecto de la estructura social simple de reglas primarias, su *falta de certeza.*

Un segundo defecto es el carácter *estático* de las reglas. El único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida de esta sociedad. En un caso extremo las reglas pueden ser estáticas en un sentido más drástico. Aunque esto quizás no ha ocurrido en forma total en ninguna comunidad, merece ser considerado porque el remedio para ello es algo muy característico del derecho. En este caso extremo no sólo no habría manera de cambiar deliberadamente las reglas generales, sino que las obligaciones que ellas imponen en los casos particulares no podrían ser variadas o modificadas por la elección deliberada de ningún individuo. Todo individuo tendría simplemente obligaciones o deberes fijos de hacer algo o de abstenerse de hacerlo. Es cierto que a menudo podría ocurrir que otros se

beneficiaran con el cumplimiento de esas obligaciones; pero si sólo hay reglas primarias de obligación, los últimos no tendrían la potestad de liberar del cumplimiento a los obligados, ni la de transferir a terceros los beneficios que de tal cumplimiento derivarían. Porque tales actos de liberación o de transferencia crean cambios en las posiciones iniciales de los individuos, determinadas por las reglas primarias de obligación, y para que esos actos sean posibles tiene que haber reglas de un tipo diferente al de éstas.

El tercer defecto de esta forma simple de vida comunitaria, es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación. La ausencia de tales determinaciones definitivas dotadas de autoridad no debe ser confundida con otra debilidad asociada a ella. Me refiero al hecho de que los castigos por la violación de las reglas, y otras formas de presión social que implican esfuerzo físico o el uso de la fuerza, no son administrados por un órgano especial, sino que su aplicación está librada a los individuos afectados o al grupo en su conjunto. Es obvio que la pérdida de tiempo que significan los esfuerzos del grupo no organizado para apresar y castigar a los transgresores, y las encarnizadas *vendettas* que pueden resultar de la justicia por mano propia en ausencia de un monopolio oficial de "sanciones", pueden ser inconvenientes serios. La historia del derecho sugiere fuertemente, sin embargo, que la falta de órganos oficiales para determinar con autoridad el hecho de la violación de las reglas es un defecto mucho más serio; porque muchas sociedades procuran remedios para este defecto mucho antes que para el otro.

El remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de estructura social, consiste en complementar las reglas *primarias* de obligación con reglas *secun-*

darias que son de un tipo diferente. La introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico; pues cada remedio trae consigo muchos elementos que caracterizan al derecho: ciertamente los tres remedios en conjunto son suficientes para convertir el régimen de reglas primarias en algo que es indiscutiblemente un sistema jurídico. Consideraremos uno a uno estos remedios y mostraremos por qué el derecho puede ser caracterizado en la forma más esclarecedora como una unión dè reglas primarias de obligación con esas reglas secundarias. Antes de hacer esto, sin embargo, debemos subrayar los siguientes puntos generales. Si bien los remedios consisten en la introducción de reglas que por cierto son distintas entre sí, como lo son de las reglas primarias que complementan, ellas tienen importantes características en común y están conectadas de diversas maneras. Se puede decir que ellas se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son *acerca* de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.

La forma más simple de remedio para la *falta de certeza* del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llamaremos una "regla de reconocimiento" (*"rule of recognition"*). Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primtivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad. No hay duda de que como cuestión histórica este paso

beres, creadas voluntariamente, que tipifican la vida bajo el derecho, aunque por supuesto también subyace una forma elemental de reglas que confieren potestad bajo la institución moral de la promesa. El parentesco entre estas reglas y las reglas de cambio que están en juego en la noción de legislación, es claro, y tal como lo ha mostrado una teoría tan reciente como la de Kelsen, muchas de las características que nos desconciertan en las instituciones del contrato o de la propiedad resultan clarificadas concibiendo los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad, como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas.

El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones, y llamaremos a las reglas secundarias que confieren potestad de hacerlas "reglas de adjudicación". Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir. Al igual que las otras reglas secundarias, están en un nivel diferente respecto de las reglas primarias: aunque pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un *status* especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones. Estas reglas, como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia. Además de estas semejanzas con las otras reglas secundarias, las reglas de adjudicación tienen conexiones íntimas con ellas. En verdad, un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometido a una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto. Esto es así porque, si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean considera-

das como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una "fuente" de derecho. Es verdad que esta forma de regla de reconocimiento, inseparable de la forma mínima de jurisdicción, será muy imperfecta. A diferencia de un texto con autoridad o de un libro de leyes, las sentencias no pueden ser formuladas en términos generales y su uso como guías que señalan cuáles son las reglas, depende de una inferencia de algún modo frágil, hecha a partir de decisiones particulares, y el grado de certeza que ella proporciona tiene que fluctuar en función de la habilidad del intérprete y de la consistencia de los jueces.

Casi es innecesario agregar que en pocos sistemas jurídicos las potestades judiciales están limitadas a la determinación del hecho de la violación de las reglas primarias. La mayor parte de lcs sistemas, después de algún tiempo, han advertido las ventajas de una centralización adicional de la presión social; y han prohibido parcialmente el uso de castigos físicos o de auto-ayuda violenta por los particulares. En lugar de ello, han complementado las reglas primarias de obligación mediante reglas secundarias adicionales que especifican, o por lo menos limitan, los castigos por la transgresión de aquéllas, y han conferido a los jueces que verifican el hecho de la violación el poder exclusivo de disponer la aplicación de penas por otros funcionarios. Estas reglas secundarias proveen a las sanciones centralizadas oficiales del sistema.

Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado da la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política.

Los conceptos específicamente jurídicos, que interesan profesionalmente al jurista, tales como los de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción,

y sanción, son elucidados mejor en términos de esta combinación de elementos. Pero además de ello, los conceptos que se encuentran en la intersección de la teoría del derecho con la teoría política, tales como los de Estado, autoridad y funcionario, exigen un análisis similar para que la oscuridad que todavía los rodea se disipe. No es difícil hallar la razón por la que un análisis en términos de reglas primarias y secundarias tiene este poder explicatorio. Muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos jurídicos y políticos, surgen del hecho de que éstos implican esencialmente una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que *usan* las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás. Esto requiere una atención más detallada en el análisis de los conceptos jurídicos y políticos que la que usualmente éstos han recibido. Bajo el régimen simple de las reglas primarias el punto de vista interno se manifiesta, en su forma más sencilla, en el uso de aquellas reglas como fundamento para la crítica, y como justificación de las exigencias de conformidad, presión social y castigo. El análisis de los conceptos básicos de obligación y deber reclama una referencia a estas manifestaciones más elementales del punto de vista interno. Con el agregado de las reglas secundarias, el campo de lo que se hace y dice desde el punto de vista interno se extiende y diversifica mucho. Con esta extensión aparece todo un conjunto de nuevos conceptos, cuyo análisis reclama una referencia al punto de vista interno. Entre ellos se encuentran las nociones de jurisdicción, legislación, validez, y, en general, de potestades jurídicas, privadas y públicas. Hay una constante inclinación a analizar estos conceptos en los términos del discurso ordinario o científico, que enuncia hechos, o del discurso predictivo. Pero esto sólo puede reproducir su aspecto externo; para hacer justicia a su aspecto distintivo o interno necesitamos ver las diferentes maneras en que los actos de creación jurídica del legislador, la adjudicación de un tribunal, el ejercicio de potestades privadas u oficiales, y otros "actos jurídicos", están relacionados con las reglas secundarias.

En el próximo capítulo mostraremos cómo las ideas de validez del derecho y de fuentes del derecho, y las verdades latentes entre los errores de las doctrinas del soberano, pueden ser reformuladas y clarificadas en términos de reglas de reconocimiento. Pero concluiremos este capítulo con una advertencia: aunque la combinación de reglas primarias y secundarias, en razón de que explica muchos aspectos del derecho, merece el lugar central asignado a ella, esto no puede por sí iluminar todos los problemas. La unión de reglas primarias y secundarias está en el centro de un sistema jurídico; pero no es el todo y a medida que nos alejamos del centro tenemos que ubicar, en las formas que indicaremos en capítulos posteriores, elementos de carácter diferente.

[illegible]
"actos jurídicos",

CAPÍTULO VI

LOS FUNDAMENTOS DE UN SISTEMA JURIDICO

1. REGLA DE RECONOCIMIENTO Y VALIDEZ JURIDICA

De acuerdo con la teoría criticada en el capítulo IV, los fundamentos de un sistema jurídico consisten en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes respaldadas por amenazas de la persona o personas soberanas, quienes a su vez no obedecen habitualmente a nadie. Para dicha teoría esa situación social es, a la vez, condición necesaria y suficiente de la existencia del derecho. Hemos mostrado ya con cierto detalle la incapacidad de esa teoría para dar cuenta de algunas de las características salientes de un sistema jurídico nacional moderno; sin embargo, como lo sugiere su influencia sobre los espíritus de muchos pensadores, ella contiene, aunque en forma desdibujada y equívoca, ciertas verdades acerca de algunos aspectos importantes del derecho. Estas verdades, empero, sólo pueden ser presentadas con claridad, y su importancia correctamente apreciada, en términos de una situación social más compleja, en la que se acepta y utiliza una regla secundaria de reconocimiento para la identificación de reglas primarias de obligación. En esta situación, mejor que en ninguna otra, se puede decir que se dan los fundamentos de un sistema jurídico. En este capítulo examinaremos diversos elementos de ella, que sólo han recibido una expresión parcial o equívoca en la teoría del soberano y en las restantes concepciones.

Dondequiera se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación. Los criterios así

dados pueden, como hemos visto, asumir una o más formas diversas: entre ellas se encuentran la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; a la práctica consuetudinaria; a las declaraciones generales de personas especificadas; o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares. En un sistema muy simple como el mundo de Rex I descripto en el Capítulo IV, donde sólo es derecho lo que él sanciona y no hay limitaciones de ningún tipo a su potestad legislativa impuestas por reglas consuetudinarias o por un texto constitucional, el único criterio para identificar algo como derecho será una simple referencia al hecho de haber sido sancionado por Rex I. La existencia de esta forma simple de regla de reconocimiento se manifestará en la práctica general de los funcionarios o de los particulares de identificar las reglas mediante ese criterio. En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de "fuentes" de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales. En la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, clasificando estos criterios en un orden de subordinación y primacía relativas. Así, en nuestro sistema, el *common law* está subordinado a las leyes.

Es importante distinguir entre esta *subordinación* relativa de un criterio a otro y la *derivación*, ya que como consecuencia de confundir estas dos ideas se ha logrado algún fundamento espurio para el punto de vista de que todo el derecho es "esencialmente" o "realmente" (aunque más no sea que "en forma tácita") el producto de la legislación. En nuestro sistema la costumbre y el precedente están subordinados a la legislación, puesto que las reglas consuetudinarias y las reglas del *common law* pueden verse privadas de su *status* de derecho por una ley. Sin embargo ellas no deben su *status* de derecho, por precario que éste sea, a un ejercicio "tácito" de potestad legislativa, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente aunque subordinado. Aquí también, como en el ca-

so simple, la existencia de tal regla compleja de reconocimiento, con esa ordenación jerárquica de criterios distintos, se manifiesta en la práctica general de identificar las reglas mediante dichos criterios.

En la vida cotidiana de un sistema jurídico su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como una regla; aunque ocasionalmente los tribunales de Inglaterra pueden enunciar en términos generales el lugar relativo de un criterio de derecho respecto de otro, como cuando afirman la supremacía de las Leyes del Parlamento sobre otras fuentes, aceptadas o sugeridas. En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros. Hay, por supuesto, una diferencia entre el uso que los tribunales hacen de los criterios suministrados por la regla, y el uso que otros hacen de dichos criterios: porque cuando los tribunales llegan a una conclusión particular sobre la base de que una regla particular ha sido correctamente identificada como derecho, lo que ellos dicen tiene un *status* especial revestido de autoridad en mérito a lo establecido por otras reglas. En este aspecto, como en muchos otros, la regla de reconocimiento de un sistema jurídico se asemeja a la regla de tanteo de un juego. En el curso del juego, la regla general que define las actividades que modifican el marcador (p. ej.: lo que es un gol) rara vez es formulada; en lugar de ello es *usada* por las autoridades y por los jugadores al identificar las fases particulares que tienen relevancia para ganar. También aquí las declaraciones de las autoridades tienen un *status* especial revestido de autoridad, atribuido por otras reglas. Además, en ambos casos existe la posibilidad de un conflicto entre estas aplicaciones de la regla dotadas de autoridad, y el acuerdo general sobre lo que la regla obviamente exige según sus términos. Como veremos más tarde, esta es una complicación de la que hay que hacerse cargo en cualquier intento de explicar qué significa la existencia de un sistema de reglas de este tipo.

El uso, por los jueces y por otros, de reglas de reconoci-

miento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno. Quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas en cuanto reglas orientadoras, y esta actitud trae aparejado un vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista externo. Quizás la forma más simple es la expresión "It is the law that..." ("El derecho dispone que..."), que podemos hallar en boca no sólo de los jueces sino de los hombres comunes que viven bajo un sistema jurídico, cuando identifican una determinada regla del sistema. Tal expresión, como: "Saque lateral" o "Gol", es el lenguaje de una persona que aprecia una situación por referencia a reglas que, conjuntamente con otras personas, aquélla reconoce como apropiadas para ese propósito. Esta actitud de aceptación compartida de reglas debe ser contrapuesta a la de un observador que registra *ab extra* el hecho de que un grupo social acepta tales reglas, sin aceptarlas por su parte. La expresión natural de este punto de vista externo no es "It is the law that...." ("El derecho dispone que..."), sino "En Inglaterra reconocen como derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento...". Denominaremos a la primera forma de expresión un *enunciado interno,* porque manifiesta el punto de vista interno y es usada con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema. Denominaremos a la segunda forma de expresión un *enunciado externo,* porque es el lenguaje natural de un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan.

Si se comprende este uso de una regla de reconocimiento aceptada al formular enunciados internos, y se lo distingue cuidadosamente de un enunciado fáctico externo que afirma que esa regla es aceptada, desaparecen muchas oscuridades referentes a la noción de "validez" jurídica. Porque la palabra "válido" es usada con más frecuencia, aunque no siempre, precisamente en tales enunciados internos, que aplican a una regla particular de un sistema jurídico una regla de reconocimiento no expresa-

da pero aceptada. Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema. Podemos en verdad decir simplemente que el enunciado de que una regla particular es válida significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento. Esto es incorrecto sólo en la medida en que podría oscurecer el carácter interno de tales enunciados; porque como la expresión "saque lateral" usada en el fútbol, estos enunciados de validez normalmente aplican a un caso particular una regla de reconocimiento aceptada por quien los formula y por otros, y no enuncian expresamente que la regla ha sido satisfecha.

Se dice que algunas de las perplejidades vinculadas con la idea de validez jurídica se refieren a la relación entre la validez y la "eficacia" del derecho. Si con "eficacia" se quiere aludir al hecho de que una regla de derecho que exige cierta conducta es más frecuentemente obedecida que desobedecida, resulta obvio que no hay una conexión necesaria entre la validez de una regla particular y *su* eficacia, salvo que la regla de reconocimiento del sistema incluya entre sus criterios, como algunas lo hacen, la provisión (algunas veces llamada regla de desuso) de que ninguna regla ha de valer como regla del sistema si hace mucho que ha dejado de ser eficaz.

Tenemos que distinguir entre la ineficacia de una regla particular, que puede o no afectar su validez, y una inobservancia general de las reglas del sistema. Esta puede ser tan completa y tan prolongada que, si se tratara de un nuevo sistema, diríamos que nunca se estableció como sistema jurídico de un determinado grupo, o si se tratara de un sistema que estuvo establecido alguna vez, diríamos que ha cesado de ser el sistema jurídico del grupo. En uno u otro caso, falta el contexto o trasfondo normal para formular cualquier enunciado interno en términos de las reglas del sistema. En tales casos generalmente *carecería de objeto* determinar los derechos y deberes de los particulares por referencia a las reglas primarias del sistema, o determinar la validez de cualquiera de sus reglas por referencia a su regla de reconocimiento.

Insistir en aplicar un sistema de reglas que nunca ha sido realmente efectivo, o que ha sido desechado, sería, excepto en circunstancias especiales mencionadas más abajo, tan inútil como determinar la marcha de un juego por referencia a una regla de tanteo que nunca fue aceptada o que fue desechada.

Se puede decir que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema *presupone* la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz. Porque el uso normal de enunciados internos tiene lugar en tal contexto de eficacia general. Sería empero erróneo decir que los enunciados de validez "significan" que el sistema es generalmente eficaz. Porque aunque normalmente es inútil o vano hablar de la validez de una regla de un sistema que nunca ha sido establecido o que ha sido desechado, no es sin embargo un sinsentido ni es siempre inútil. Una manera vívida de enseñar Derecho Romano es hablar *como si* el sistema fuera todavía eficaz, examinar la validez de las reglas particulares y resolver problemas de acuerdo con ellas; y una manera de alimentar esperanzas en la restauración de un orden social anterior destruido por una revolución, y de rechazar el orden nuevo, es aferrarse a los criterios de validez jurídica del viejo régimen. Esto es lo que implícitamente hacen los rusos blancos que todavía se titulan propietarios de acuerdo con alguna regla que fue válida en la Rusia zarista.

El aprehender la conexión contextual normal entre el enunciado interno de que una determinada regla de un sistema es válida, y el enunciado externo de que el sistema es generalmente eficaz, nos ayudará a ver en su perspectiva adecuada la teoría corriente, según la cual afirmar la validez de una regla es predecir que ella será aplicada por los tribunales, o que se tomará alguna otra medida oficial. Esta teoría es similar en muchos aspectos al análisis predictivo de la obligación, que consideramos y rechazamos en el capítulo anterior. En ambos casos el motivo para formular la teoría predictiva es la convicción de que sólo así pueden evitarse las interpretaciones metafísicas: o el enunciado que dice que una regla es válida tiene que atribuir alguna propie-

dad misteriosa, no verificable empíricamente, o tiene que consistir en una predicción de la conducta futura de los funcionarios. También en ambos casos la plausibilidad de la teoría se debe al mismo hecho importante, a saber, que la verdad del enunciado fáctico externo, que un observador podría recoger, de que el sistema es generalmente eficaz y probablemente seguirá siendo así, se presupone normalmente por quienquiera acepta las reglas y formula un enunciado interno de obligación o validez. Los dos están por cierto asociados en forma muy estrecha. Por último, en ambos casos el error de la teoría es el mismo: consiste en desatender el carácter especial del enunciado interno y considerarlo como un enunciado externo acerca de la acción oficial.

Este error se hace aparente en forma inmediata cuando vemos cómo funciona en la decisión judicial el enunciado del juez de que una regla particular es válida; porque aunque, también aquí, al hacer tal enunciado el juez presupone, pero no expresa, la eficacia general del sistema, obviamente no está interesado en predecir su acción oficial ni la de otros. Su enunciado de que una regla es válida es un enunciado interno que reconoce que la regla satisface los requisitos para identificar lo que será considerado como derecho en su tribunal, y no constituye una profecía de su decisión, sino una parte de la *razón* de la misma. Es verdad que es más plausible sostener que el enunciado de que una regla es válida es una predicción, cuando tal enunciado es hecho por un particular; porque en el caso de conflicto entre un enunciado no oficial de validez o invalidez y el de un tribunal, vertido al decidir un caso, a menudo se justifica decir que quien formuló el primero debe rectificarse. Sin embargo aún aquí, como se verá en el capítulo VII cuando investiguemos el significado de tales conflictos entre las declaraciones oficiales y las exigencias obvias de las reglas, puede ser dogmático asumir que si hay que rectificarse es porque el enunciado ha resultado erróneo en cuanto había *predicho* falsamente lo que haría un tribunal. Porque hay más razones para rectificar enunciados que el hecho de que ellos sean erróneos, y también más maneras de equivocarse que lo que esta descripción admite.

La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es en un sentido importante, que trataremos de clarificar, una regla *última*; y cuando, como es usual, hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es supremo. Estas ideas referentes al carácter último de la regla de reconocimiento, y a la supremacía de uno de sus criterios, merecen alguna atención. Es importante no confundirlas con la teoría, que hemos rechazado, de que en todo sistema de derecho, aunque se oculte tras las formas jurídicas, tiene que haber una potestad legislativa soberana que es jurídicamente ilimitada.

De estas dos ideas, la de criterio supremo y la de regla última, la primera es la más fácil de definir. Podemos decir que un criterio de validez jurídica (o fuente de derecho) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo. Puede darse una similar explicación en términos comparativos de las nociones de criterio "superior" y criterio "subordinado", que ya hemos usado. Es obvio que las nociones de un criterio superior y un criterio supremo se refieren simplemente a un lugar *relativo* en una escala, y no importan ninguna noción de potestad legislativa jurídicamente *ilimitada*. Sin embargo, es fácil confundir "supremo" e "ilimitado", por lo menos en la teoría jurídica. Una razón para esto es que en las formas más simples de sistema jurídico las ideas de regla última de reconocimiento, criterio supremo, y legislatura jurídicamente ilimitada, parecen convergir. Porque cuando hay una legislatura que no está sometida a limitaciones constitucionales, y tiene competencia para privar a todas las otras reglas emanadas de otras fuentes de su *status* jurídico, es parte de la regla de reconocimiento de tal sistema que la sanción de aquella legislatura constituye el criterio supremo de validez. Esta es, de acuerdo con la teoría constitucional, la situación en el Reino Unido. Pero aun sistemas como el de los Estados Unidos, donde no existe

tal legislatura jurídicamente ilimitada, pueden perfectamente bien contener una regla última de reconocimiento que proporciona un conjunto de criterios de validez, uno de los cuales es supremo. Ocurre esto cuando la competencia legislativa de la legislatura ordinaria está limitada por una constitución que no contiene la potestad de introducir enmiendas, o que coloca algunas cláusulas fuera del alcance de esa potestad. Aquí no hay legislatura jurídicamente ilimitada, ni siquiera en la interpretación más amplia de "legislatura"; pero el sistema contiene, por supuesto, una regla última de reconocimiento y, en las cláusulas de la constitución, un criterio supremo de validez.

Entenderemos mejor el sentido en que la regla de reconocimiento es la regla *última* de un sistema, si seguimos una cadena muy familiar de razonamiento jurídico. Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla. ¿Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire? Sí: porque fue dictada en ejercicio de las potestades conferidas, y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública. A este primer nivel, el decreto suministra los criterios para apreciar la validez de la ordenanza. Puede no haber necesidad práctica de seguir adelante; pero existe la posibilidad de hacerlo. Podemos cuestionar la validez del decreto y apreciarla en términos de la ley que faculta al Ministro a adoptar tales medidas. Finalmente, cuando la validez de la ley ha sido cuestionada, y determinada por referencia a la regla que establece que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, alcanzamos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez: porque hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas.

Podemos plantear muchos problemas, claro está, acerca de esta regla última. Podemos preguntarnos si es práctica de los

tribunales, legislaturas, funcionarios o ciudadanos particulares de Inglaterra usar efectivamente esta regla como regla última de reconocimiento. ¿O nuestro proceso de razonamiento jurídico ha sido un vano juego con los criterios de validez de un sistema desechado? Podemos preguntarnos si es satisfactorio un sistema jurídico que tiene a tal regla en su base. ¿Produce más mal que bien? ¿Hay razones prudentes para apoyarlo? ¿Existe una obligación moral de hacerlo? Estas son, es obvio, cuestiones muy importantes; pero es igualmente obvio que cuando formulamos tales preguntas acerca de la regla de reconocimiento, ya no estamos tratando de contestar a su respecto el mismo tipo de preguntas que con su ayuda contestamos acerca de las otras reglas. Cuando después de decir que una norma particular es válida porque satisface la regla de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, sostenemos que esta última regla es usada en Inglaterra por los tribunales, funcionarios y particulares como regla de reconocimiento última, hemos pasado de un enunciado interno de derecho que afirma la validez de una regla del sistema a un enunciado externo de hecho, que un observador podría hacer aunque no aceptara el sistema. Así también, cuando pasamos del enunciado de que una disposición particular es válida, al enunciado de que la regla de reconocimiento del sistema es excelente, y el sistema basado sobre ella digno de apoyo, hemos pasado de un enunciado de validez jurídica a un enunciado de valor.

Algunos autores que han subrayado el carácter jurídicamente último de la regla de reconocimiento, han expresado esto diciendo que, mientras que la validez jurídica de otras reglas del sistema puede ser demostrada por referencia a ella, su propia validez no puede ser demostrada, sino que "se da por admitida", es "postulada" o es una "hipótesis". Esto, sin embargo, puede ser seriamente equívoco. Los enunciados de validez jurídica de reglas particulares, hechos en la vida cotidiana de un sistema por jueces, abogados o ciudadanos ordinarios, llevan consigo, en verdad, ciertas presuposiciones. Son enunciados internos de derecho que expresan el punto de vista de quienes

aceptan la regla de reconocimiento del sistema, y, como tales, dejan sin expresar mucho que podría ser expresado en enunciados externos de hecho acerca del sistema. Lo que queda así sin expresar forma el trasfondo o contexto normal de los enunciados de validez jurídica, y se dice, por tal razón, que es "presupuesto" por ellos. Pero es importante ver cuáles son precisamente estas cuestiones presupuestas, y no oscurecer su carácter. Ellas consisten en dos cosas. Primero, cuando alguien afirma seriamente la validez de una determinada regla de derecho, por ejemplo, una ley, usa una regla de reconocimiento que acepta como adecuada para identificar el derecho. En segundo lugar, ocurre que esta regla de reconocimiento, en términos de la cual aprecia la validez de una ley particular, no solamente es aceptada por él, sino que es la regla de reconocimiento efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema. Si se pusiera en duda la verdad de esta presuposición, ella podría ser establecida por referencia a las práctica efectiva: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones.

Ninguna de estas dos presuposiciones resulta bien descripta diciendo que "se da por admitida" una "validez" que no puede ser demostrada. Sólo necesitamos la palabra "validez", y así la usamos comúnmente, para resolver cuestiones que surgen *dentro* de un sistema de reglas, donde el *status* de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera. Expresar este hecho simple diciendo en forma oscura que su validez, "se da por admitida pero no puede ser demostrada", es como decir que damos por admitido, pero no podemos demostrar, que el metro de París, que es el criterio último de corrección de todas las medidas en el sistema métrico, es en sí correcto.

Una objeción más seria es que al expresar que "se da por

admitida" la validez de la regla de reconocimiento última, se oculta el carácter esencialmente fáctico de la segunda presuposición que está detrás de los enunciados de validez hechos por los juristas. Sin duda que la práctica de los jueces, funcionarios y otras personas, en que consite la existencia efectiva de una regla de reconocimiento, es una cuestión compleja. Como veremos más adelante, hay situaciones, por cierto, en las que aparecen problemas sobre el alcance y contenido precisos de este tipo de regla, y aún sobre su existencia, que pueden no admitir una respuesta clara o determinada. Sin embargo es importante distinguir entre "dar por admitida la validez" y "presuponer la existencia" de tal regla; aunque más no sea porque no hacerlo oscurece lo que se quiere decir al afirmar que esa regla *existe.*

En el sistema simple de reglas primarias de obligación bosquejado en el capítulo anterior, la afirmación de que una determinada regla existe, sólo podía ser un enunciado de hecho externo, tal como el que un observador que no aceptara las reglas podría formular y verificar comprobando, como cuestión de hecho, si un determinado modo de conducta es generalmente aceptado como pauta o criterio y va acompañado por aquellas características que, según hemos visto, distinguen una regla social de los meros hábitos convergentes. De esta misma manera habría que interpretar y verificar la aserción de que en Inglaterra existe una regla —aunque no una regla jurídica— en el sentido de que debemos descubrirnos al entrar a una iglesia. Si se encuentran reglas de este tipo en la práctica efectiva de un grupo social, no cabe examinar como problema independiente el de su supuesta validez, aunque, por supuesto, su valor o conveniencia es un problema abierto a debate. Una vez que la existencia de las reglas ha sido establecida como hecho, sólo confundiríamos las cosas, afirmando o negando que ellas son válidas, o diciendo que "damos por adimitida" su validez, pero que no podemos demostrarla. Por otra parte, cuando, como ocurre en los sistemas jurídicos desarrollados, tenemos un sistema que incluye una regla de reconocimiento, de modo que el *status* de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios establecidos

en la regla de reconocimiento, esto trae aparejada una nueva aplicación de la palabra "existe". El enunciado de que una regla existe puede no ser ya, como ocurría en el caso simple de las reglas consuetudinarias, un enunciado externo del *hecho* de que cierto modo de conducta es generalmente aceptado en la práctica como pauta. Ahora puede ser un enunciado interno que aplica una regla de reconocimiento aceptada, pero no expresa, y que, dicho en forma tosca, significa únicamente que la regla es "válida según los criterios de validez del sistema". Sin embargo, en este aspecto, como en otros, una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, "existir" aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.

2. NUEVAS PREGUNTAS

Una vez que abandonamos la opinión de que el fundamento de un sistema jurídico consiste en el hábito de obediencia a un soberano jurídicamente ilimitado, y la reemplazamos por la concepción de una regla de reconocimiento última, que da al sistema de reglas sus criterios de validez, aparece ante nuestros ojos todo un campo de atractivos e importantes problemas. Son problemas relativamente nuevos, porque permanecieron ocultos mientras la teoría jurídica y la teoría política se atenían a las viejas formas de pensamiento. Son también problemas difíciles, cuya solución plena exige, por una parte, la captación de algunas fundamentales cuestiones de derecho constitucional, y por otra, la apreciación de la característica manera en que las formas jurídicas pueden cambiar y desplazarse en silencio. Por lo tanto, sólo investigaremos estos problemas en la medida en que ellos influyen sobre el acierto o desacierto de insistir, como lo hemos hecho, en que en la elucidación del concepto de derecho debe

asignarse un lugar central a la unión de reglas primarias y secundarias.

La primera dificultad es de clasificación, porque la regla que, en última instancia, se usa para identificar el derecho, escapa a las categorías convencionales empleadas para describir un sistema jurídico, por más que con frecuencia se piense que ellas son exhaustivas. Así, los constitucionalistas ingleses, a partir de Dicey, han repetido usualmente que la estructura constitucional del Reino Unido consiste parcialmente en normas jurídicas en sentido estricto (leyes, órdenes dictadas por el Consejo, y reglas encarnadas en precedentes), y parcialmente en convenciones que son simples usos, entendimientos o costumbres. Esto último incluye reglas importantes, tales como la de que la Reina no puede rehusar su consentimiento a un proyecto debidamente aprobado por los Lores y los Comunes; sin embargo, la Reina no tiene el deber jurídico de dar su aprobación, y tales reglas son llamadas convenciones porque los tribunales no las reconocen como creadoras de un deber jurídico. Obviamente, la regla de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, no pertenece a ninguna de estas categorías. No es una convención, puesto que los tribunales están íntimamente interesados en ella y la usan para identificar el derecho; y no es una regla situada en el mismo plano que las "normas jurídicas en sentido estricto" que identificamos valiéndonos de ella. Aún cuando fuera sancionada por vía legislativa esto no la reduciría al nivel de una ley; porque el *status* jurídico de tal sanción necesariamente dependería del hecho de que la regla existiera antes y con independencia de esa sanción. Además, como hemos visto en el último apartado, su existencia, a diferencia de la de una ley, tiene que consistir en una práctica efectiva.

Este aspecto de las cosas arranca de algunos un grito de desesperación: ¿cómo podemos mostrar que las provisiones fundamentales de una constitución, que por supuesto son derecho, lo son realmente? Otros contestan insistiendo en que en la base del sistema jurídico hay algo que es "no derecho", que es "pre-jurídico", "metajurídico", o es simplemente un "hecho político".

Esta incomodidad es un signo seguro de que las categorías usadas para la descripción de esta importantísima característica de cualquier sistema jurídico son demasiado toscas. El argumento en favor de llamar "derecho" a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por ello, digna de ser llamada "derecho"; el argumento en favor de llamarla "hecho" es que cuando afirmamos que ella existe, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema "eficaz". Estos dos aspectos reclaman atención, pero no podemos hacer justicia a ambos eligiendo uno de los rótulos, "derecho" o "hecho". En lugar de ello, es menester recordar que la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho.

Un segundo conjunto de problemas surge de la oculta complejidad y vaguedad de la afirmación de que en un determinado país o en un cierto grupo social *existe* un sistema jurídico. Cuando hacemos esta afirmación nos referimos en realidad, en forma comprimida, a muchos hechos sociales heterogéneos, usualmente concomitantes. La terminología corriente en el pensamiento jurídico y político, desarrollada a la sombra de una teoría equívoca, es apta para simplificar los hechos en forma excesiva y oscurecerlos. Sin embargo, cuando nos quitamos las anteojeras de esta terminología y observamos los hechos. se ve claro que un sistema jurídico, como un ser humano, puede en cierta etapa no haber nacido aún; en una segunda etapa, no ser todavía totalmente independiente de su madre; después, gozar de una saludable existencia autónoma; luego decaer, y por último morir. Estas etapas intermedias entre el nacimiento y la existencia autónoma y normal, por un lado, y entre ésta y la muerte, por otro, dislocan

nuestras formas familiares de describir los fenómenos jurídicos. Ellas son dignas de estudio, porque, desconcertantes como son, ponen de relieve la plena complejidad de lo que damos por admitido cuando, en el caso normal, hacemos la afirmación confiada y verdadera de que en un determinado país existe un sistema jurídico.

Una manera de advertir esta complejidad es ver dónde, precisamente, la simple fórmula austiniana de un hábito general de obediencia a órdenes, no consigue reproducir, o desfigura, los hechos complejos que constituyen las condiciones mínimas que una sociedad tiene que satisfacer para tener un sistema jurídico. Podemos conceder que esta fórmula designa una condición necesaria: a saber, que cuando las normas jurídicas imponen obligaciones o deberes ellas tienen que ser generalmente obedecidas o por lo menos no desobedecidas generalmente. Pero, aunque esencial, esto únicamente se hace cargo de lo que podemos llamar "el producto final" del sistema jurídico, donde éste hace su impacto sobre el ciudadano particular; mientras que su existencia cotidiana consiste también en la creación oficial, en la identificación oficial y en el uso y aplicación oficial del derecho. La relación con el derecho que está aquí en juego sólo puede ser llamada "obediencia" si a esta palabra se la extiende mucho más allá de su uso normal, al punto de que ya no caracteriza informativamente esos actos. En ningún sentido ordinario de "obedecer" los legisladores están obedeciendo reglas cuando, al sancionar normas, se ajustan a las reglas que les confieren potestades legislativas, salvo, por supuesto, cuando las reglas que confieren tales potestades están reforzadas por otras que imponen el deber de acatarlas. Tampoco cabe decir que al no ajustarse a aquellas reglas los legisladores desobedecen una norma jurídica, aunque bien pueden ser que no consigan crear una. La palabra "obedecer" tampoco describe bien lo que hacen los jueces cuando aplican la regla de reconocimiento del sistema y reconocen una ley como derecho válido al usarla en la solución de controversias. Por supuesto que si lo deseamos podemos, a pesar de esos hechos, conservar la terminología simple que habla de "obediencia", a

cuyo fin hay muchos recursos disponibles. Uno de ellos, por ejemplo, es presentar el uso que hacen los jueces de los criterios generales de validez al reconocer una ley, como un caso de obediencia a órdenes dadas por los "Padres de la Constitución" o (cuando no hay tales "Padres"), como obediencia a un "mandato despsicologizado", es decir un mandato sin alguien que mande. Pero esto último quizás no puede exhibir mejores títulos para merecer atención que la noción de un sobrino sin tío. Alternativamente podemos eliminar del cuadro todo el aspecto oficial del derecho y prescindir de la descripción del uso de reglas que se hace en la legislación y en la adjudicación, y, en lugar de ello, concebir a todo el mundo oficial como una sola persona (el "soberano") que, a través de diversos agentes o portavoces, dicta órdenes que son habitualmente obedecidas por los ciudadanos. Pero esto no es más que una abreviatura conveniente para aludir a hechos complejos, todavía sin describir, o una pieza de mitología desastrosamente confusa.

Ante el fracaso de los intentos de explicar lo que significa la existencia de un sistema jurídico en base a los términos agradablemente simples de la obediencia habitual, que en verdad caracteriza, aunque no siempre describe exhaustivamente, la relación del ciudadano ordinario con el derecho, es natural que se haya reaccionado incurriendo en el error opuesto. Este consiste en tomar lo que es característico (aunque de nuevo no exhaustivo) de las actividades oficiales, especialmente de la actitud judicial frente al derecho, y tratarlo como una explicación adecuada de lo que debe existir en un grupo social que tiene un sistema jurídico. Esto equivale a reemplazar la concepción simple de que los habitantes en su mayoría obedecen habitualmente el derecho, por la concepción de que ellos generalmente tienen que compartir, aceptar o considerar como obligatoria la regla última de reconocimiento que especifica los criterios que, en última instancia, se aplican para determinar la validez de las normas jurídicas. Por supuesto podemos imaginar, como lo hicimos en el capítulo III, una sociedad simple en la que el conocimiento y comprensión de las fuentes de derecho están ampliamente di-

fundidos. Allí la "constitución" era tan simple que no importaba ficción alguna atribuir conocimiento y aceptación de ella tanto al ciudadano ordinario como a los funcionarios y a los abogados. En el mundo simple de Rex I bien podíamos decir que había algo más que la mera obediencia habitual a sus palabras por parte del grueso de la población. Bien podía ocurrir allí que tanto el grueso de la población como los funcionarios del sistema "aceptasen", en la misma forma explícita y consciente, una regla de reconocimiento que especificara que la palabra de Rex era el criterio del derecho válido para toda la sociedad, aunque los súbditos y los funcionarios cumpliesen papeles diferentes y tuvieran diferentes relaciones con las reglas de derecho, identificadas mediante este criterio. Insistir en que este estado de cosas, imaginable en una sociedad simple, existe siempre o en forma usual en un estado moderno complejo, sería insistir en una ficción. Aquí, ciertamente, la realidad de la situación es que un elevado porcentaje de los ciudadanos ordinarios —quizás la mayoría— no tiene una concepción general de la estructura jurídica o de sus criterios de validez. Las normas jurídicas que el ciudadano común obedece son algo que él conoce simplemente como "el derecho". Puede obedecerlas por una multiplicidad de razones diferentes y entre esas razones puede contarse a menudo, aunque no siempre, el conocimiento de que eso es lo que más le conviene. Será consciente de las probables consecuencias generales de la desobediencia: que hay funcionarios que pueden detenerlo y otros que lo someterán a proceso y lo enviarán a prisión por transgredir las normas. En la medida en que las normas que son válidas según los criterios de validez del sistema son obedecidas por el grueso de la población, esto es sin duda todo cuanto necesitamos como prueba de que un sistema jurídico existe.

Pero precisamente porque un sistema jurídico es una unión compleja de reglas primarias y secundarias, esta prueba no es todo lo que se necesita para describir las relaciones con el derecho implicadas en la existencia de un sistema jurídico. Ella debe ser complementada por una descripción de la relación rele-

vante de los funcionarios del sistema con las reglas secundarias que les conciernen en cuanto funcionarios. Aquí lo crucial es que haya una aceptación oficial unificada o compartida de la regla de reconocimiento que contiene los criterios de validez del sistema. Pero precisamente aquí la noción simple de obediencia general, que era adecuada para caracterizar el minimum indispensable en el caso de los ciudadanos ordinarios, resulta inadecuada. No se trata simplemente de la cuestión "lingüística" de que "obediencia" no se usa en forma natural para aludir a la manera en que estas reglas secundarias son respetadas como reglas por los jueces y por otros funcionarios. Podríamos hallar, si fuese necesario, alguna expresión más amplia, como "seguir", "cumplir" o "ajustarse a", que caracterizaría tanto lo que hacen los ciudadanos comunes en relación con el derecho cuando se presentan al servicio militar, como lo que hacen los jueces en el tribunal cuando identifican una ley particular como derecho, en base al fundamento de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho. Pero estos términos generales meramente ocultarían vitales diferencias que deben ser aprehendidas, si se desea entender cuáles son las condiciones mínimas envueltas en la existencia del complejo fenómeno social que llamamos un sistema jurídico.

Lo que torna a la palabra "obediencia" equívoca como descripción de lo que hacen los legisladores al ajustarse a las reglas que les confieren sus potestades, y de lo que hacen los tribunales al aplicar una regla de reconocimiento última aceptada, es que obedecer una regla (o una orden) no implica *necesariamente* que la persona que obedece piense que lo que hace es lo correcto tanto para él como para los otros: no es menester que vea en ello el cumplimiento de una pauta o criterio de conducta para el resto de los miembros del grupo social. No es necesario que conciba a su conducta ajustada a la regla como correcta, apropiada u obligatoria. En otras palabras, no hace falta que su conducta tenga ningún elemento de ese carácter crítico que va implicado dondequiera se aceptan reglas sociales, y se manejan tipos de conducta como pautas o criterios generales de comportamiento. Quien obedece no necesita, aunque puede, compartir el punto de

vista interno que acepta las reglas como pautas o criterios de conducta para todos aquellos a quienes se aplican. En lugar de ello, puede limitarse a ver en la regla algo que exige *de él* una acción bajo amenaza de pena; puede obedecerla simplemente por temor a las consecuencias o por inercia, sin pensar que él u otros tienen la obligación de comportarse así y sin estar dispuesto a la autocrítica o a la crítica de la conducta ajena en caso de desviación. Pero este interés meramente personal en las reglas, que es todo el interés que el ciudadano ordinario *puede* tener al obedecerlas, no caracteriza, ni podría hacerlo, la actitud de los jueces frente a las reglas que ellos manejan al actuar como tales. Esto es más patente respecto de la regla de reconocimiento última en términos de la cual se determina la validez de las otras reglas. Para que ella exista de alguna manera tiene que ser considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta. Si bien los tribunales del sistema pueden, en ocasiones, apartarse de estas reglas, en general tienen que apreciar críticamente tales desviaciones como fallas frente a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes y públicos. Esto no es simplemente una cuestión que hace a la eficacia o vigor del sistema jurídico, sino que es lógicamente una condición necesaria para que podamos hablar de la existencia de *un* sistema jurídico. Si sólo algunos jueces actuaran "por su cuenta" sobre la base de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, y no apreciaran críticamente a aquellos colegas que no respetasen esta regla de reconocimiento, la característica unidad y la continuidad del sistema jurídico habrían desaparecido. Porque ellas dependen de la aceptación, en este punto crucial, de criterios de valilez jurídica comunes. Durante el intervalo entre estas extràvagancias en la conducta de los jueces y el caos que terminaría por reinar cuando el hombre ordinario se encontrara con órdenes judiciales contradictorias, no sabríamos como describir la situación. Estaríamos en presencia de un *lusus naturae,* únicamente digno de reflexión porque agudiza nuestra conciencia de lo que a menudo es demasiado obvio para ser advertido.

Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que *necesitan* satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno "por su cuenta" y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán realmente estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta, y reconocerán la obligación de obedecerlas, o incluso harán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y las ajenas. Por supuesto, también es cierto que habrá además muchas reglas primarias que se aplican a los funcionarios en su capacidad meramente personal, reglas que ellos únicamente necesitan obedecer.

La afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios. Esta dualidad no debe sorprendernos. Ella no hace más que reflejar el carácter compuesto de un sistema jurídico, comparado con una forma de estructura social más simple y descentralizada, de naturaleza prejurídica, que consiste únicamente en reglas primarias. En la estructura más simple, puesto que no hay funcionarios, las reglas tienen que ser ampliamente aceptadas como criterios o pautas críticos para la conducta del grupo. Allí, si el punto de vista interno no estuviera difundido en forma amplia, lógicamente no podría haber regla alguna. Pero cuando se da una unión de re-

que al regreso del exilio se estableció un nuevo sistema, similar al anterior. En lugar de ello, la cuestión puede ser planteada como un problema de derecho internacional, o algo paradójicamente, puede presentarse como una cuestión de derecho dentro del mismo sistema jurídico existente a partir de la restauración. En el último caso, bien podría ocurrir que el sistema restaurado incluyera una norma retroactiva que declarara que el sistema ha sido (o con más sinceridad, que se "considera" que ha sido) siempre el derecho del territorio. Podría hacerse esto aun cuando la interrupción hubiera sido tan prolongada, que tal declaración pareciera totalmente en desacuerdo con la conclusión a que podría haberse llegado si el problema se hubiera abordado como una cuestión de hecho. En tal caso nada se opone a que la declaración aparezca como una regla del sistema restaurado, que determina el derecho que sus tribunales tienen que aplicar a sucesos y transacciones ocurridos durante el período de interrupción.

Sólo hay aquí una paradoja si concebimos a los enunciados de derecho de un sistema jurídico, relativos a las que han de considerarse como fases de su propia existencia, pasada, presente o futura, como aserciones que pueden contradecir el enunciado fáctico sobre la existencia del sistema, hecho desde un punto de vista externo. Salvo por la aparente perplejidad de la auto-referencia, el *status* jurídico de una provisión de un sistema existente que se refiere al período durante el cual ha de considerarse que el sistema ha existido, no difiere de la norma de un sistema que declara que un cierto sistema existe todavía en otro país, si bien es muy probable que la última norma no tenga muchas consecuencias prácticas. No tenemos la menor duda de que el sistema jurídico que existe en el territorio de la Unión Soviética no es el del régimen zarista. Pero si una ley del Parlamento británico declarara que el derecho de la Rusia zarista es todavía el derecho del territorio ruso, ello, en verdad, tendría significado y efecto jurídicos como parte del derecho inglés relativo a la Unión Soviética, pero no afectaría la verdad del enunciado de hecho contenido en nuestra última frase. La fuerza y significado

de esa ley consistiría simplemente en determinar el derecho a ser aplicado en los tribunales ingleses, y por lo tanto en Inglaterra, a los casos que tuvieran un elemento ruso.

La situación inversa de la que acabamos de describir aparece en los fascinantes momentos de transición cuando un nuevo sistema jurídico emerge del seno de uno anterior, a veces sólo después de una operación cesárea. La historia reciente del Commonwealth es un admirable campo de estudio de este aspecto de la embriología de los sistemas jurídicos. El resumen esquemático y simplificado de este desarrollo es como sigue. Al comienzo de cierto período podemos tener una colonia con una legislatura, un poder judicial y un poder ejecutivo locales. Esta estructura constitucional ha sido establecida por una ley del Parlamento del Reino Unido, cuerpo que retiene competencia jurídica plena para legislar para la colonia; ella comprende la potestad de modificar o derogar tanto las normas locales como cualquiera de sus propias leyes, inclusive aquellas que se refieren a la constitución de la colonia. En esta etapa el sistema jurídico de la colonia es obviamente una parte subordinada de un sistema más amplio, caracterizado por la regla de reconocimiento última de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho para (*inter alia*) la colonia. Al final del período de desarrollo vemos que la regla de reconocimiento última se ha desplazado, porque la competencia jurídica del Parlamento de Westminster para legislar para la ex-colonia ya no es reconocida por los tribunales de ésta. Todavía es cierto que buena parte de la estructura constitucional de la antigua colonia se halla en la ley original del Parlamento de Westminster: pero ello es ahora sólo un hecho histórico, porque tal estructura no debe ya su contemporáneo *status* jurídico en el territorio a la autoridad del Parlamento de Westminster. El sistema jurídico de la antigua colonia tiene ahora una "raíz local", en el sentido de que la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos de validez jurídica ya no se refiere a medidas sancionadas por una legislatura de otro territorio. La nueva regla descansa simplemente en el hecho de que es aceptada y usada como tal en los actos judiciales y en

ctros actos oficiales de un sistema local, cuyas reglas son generalmente obedecidas. Por ello, aunque la composición, procedimiento y estructura de la legislatura local pueden ser todavía los prescriptos en la constitución originaria, sus sanciones no son ahora válidas porque constituyan el ejercicio de potestades conferidas por una ley válida del Parlamento de Westminster. Lo son porque, de acuerdo con la regla de reconocimiento localmente aceptada, la sanción por parte de la legislatura local es un criterio último de validez.

Este desarrollo puede ser alcanzado de muchas maneras diferentes. La legislatura madre, después de un período durante el cual nunca ha ejercido su autoridad legislativa formal sobre la colonia, salvo con el consentimiento de ésta, puede retirarse finalmente de la escena, renunciando a la potestad legislativa en favor de la antigua colonia. Hay que señalar aquí que existen dudas teoréticas sobre si los tribunales del Reino Unido reconocerían la competencia jurídica del Parlamento de Westminster para cercenar así en forma irrevocable sus potestades. La ruptura puede, por otra parte, ser lograda únicamente mediante la violencia. Pero en uno u otro caso al final de este desarrollo tenemos dos sistemas jurídicos independientes. Este es un enunciado fáctico y no lo es menos porque se refiera a la existencia de sistemas jurídicos. La principal prueba de esto es que en la antigua colonia la regla de reconocimiento última ahora aceptada y usada, no incluye ya entre los criterios de validez ninguna referencia a los actos de legislaturas de otros territorios.

Es posible, sin embargo, y la historia del Commonwealth proporciona ejemplos de ello, que aunque en realidad el sistema jurídico de la colonia sea ahora independiente de la madre patria, el sistema de esta última no reconozca este hecho. Puede ser todavía parte del derecho inglés que el Parlamento de Westminster ha retenido, o puede reconquistar jurídicamente, la potestad de legislar para la colonia; y los tribunales de Inglaterra pueden, si se presenta ante ellos un caso que implique un conflicto entre una ley de Westminster y una de la legislatura local, poner en práctica este modo de ver la cuestión. En

este caso las proposiciones del derecho inglés parecen estar en conflicto con los hechos. El derecho de la colonia *no* es reconocido en los tribunales ingleses como lo que de hecho es: un sistema jurídico independiente con su regla de reconocimiento última, de carácter local. Como cuestión de hecho habrá dos sistemas jurídicos, mientras que el derecho inglés insistirá en que sólo hay uno. Pero precisamente porque una de las afirmaciones es un enunciado de hecho y la otra una proposición de derecho (inglés), las dos no están lógicamente en conflicto. Para aclarar la situación podemos decir, si así lo preferimos, que el enunciado de hecho es verdadero y que la proposición de derecho es "correcta en el derecho inglés". Al considerar la relación entre el derecho internacional público y el derecho interno hay que tener presente distinciones similares entre la afirmación o la negación fáctica de que existen dos sistemas jurídicos independientes, por un lado, y las proposiciones de derecho acerca de la existencia de un sistema jurídico, por otro. Algunas teorías muy extrañas deben su única plausibilidad a que no advierten esta distinción.

Para completar este examen tosco de la patología y embriología de los sistemas jurídicos, señalaremos otras formas de ausencia parcial de las condiciones normales, cuya congruencia es afirmada por la afirmación absoluta de que un sistema jurídico existe. La unidad entre los funcionarios, unidad cuya existencia va normalmente presupuesta cuando se formulan enunciados internos de derecho desde dentro del sistema, puede quebrarse parcialmente. Puede ocurrir que con relación a ciertas cuestiones constitucionales, y únicamente respecto de ellas, exista una división dentro del mundo oficial que conduzca, en definitiva, a una división del poder judicial. El comienzo de una fisura de este tipo, acerca del criterio último a utilizar para identificar el derecho, se advirtió en las dificultades constitucionales ocurridas en Sudáfrica en 1952, que llegaron a los tribunales en el caso *Harris vs. Dönges*[1]. Aquí la legislatura actuó sobre la base de

[1] (1952) 1 T. L. R. 1245.

una apreciación de su competencia y potestades jurídicas diferente de la apreciación de los tribunales, y sancionó medidas que estos últimos declararon inválidas. En respuesta a ello la legislatura creó un "tribunal" especial de apelación para entender en recursos contra las decisiones de los tribunales ordinarios que invalidaron las sanciones de la legislatura. Este tribunal, en su oportunidad, decidió tales apelaciones y revocó las sentencias de los tribunales ordinarios; los tribunales ordinarios, a su vez, declararon que las medidas legislativas que crearon los tribunales especiales eran inválidas, y nulas las sentencias de éstos. Si este proceso no se hubiera detenido (porque el gobierno consideró poco prudente llevar adelante este medio de salirse con la suya) habríamos tenido una oscilación interminable entre dos apreciaciones de la competencia de la legislatura y, con ello, de los criterios del derecho válido. Se habrían suspendido las condiciones normales de la armonía oficial, y especialmente de la armonía judicial, únicas condiciones bajo las cuales es posible identificar la regla de reconocimiento del sistema. Sin embargo, la gran masa de actos jurídicos no afectados por esta cuestión constitucional habrían continuado como antes. Mientras la población no se dividiera y no desaparecieran "el derecho y el orden", sería equívoco decir que el sistema jurídico originario había dejado de existir: porque la expresión "el mismo sistema jurídico" es demasiado amplia y elástica para que el consenso oficial unificado respecto de *todos* los criterios originarios de validez jurídica sea una condición necesaria para que el sistema jurídico siga siendo "el mismo". Todo lo que podríamos hacer sería describir esta situación tal como lo hemos hecho, y señalarla como un caso anormal, que lleva en sí la amenaza de disolución del sistema jurídico.

Este último caso nos conduce a los límites de un tópico más amplio que examinaremos en el próximo capítulo, tanto en relación con la elevada cuestión constitucional de los criterios últimos de validez de un sistema jurídico, como de su derecho "ordinario". Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que

ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o "textura abierta", y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como una ley particular. Se sostiene a menudo que esto demuestra que cualquier elucidación del concepto de derecho en términos de reglas tiene que ser equívoca. Se agrega que insistir en una elucidación de este tipo, no obstante lo que muestra la realidad, es incurrir en el vicio de "conceptualismo" o "formalismo". Tenemos que examinar ahora la solidez de este cargo.

como ejem[illegible] de términos generales, y frente a cuál[illegible]
es posible [illegible]tinguir casos centrales claros, a los que

CAPÍTULO VII

FORMALISMO Y ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

1. LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO

En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho. De allí que éste tenga que referirse en forma predominante, aunque no exclusiva, a *clases* de personas y a *clases* de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa.

Dos recursos principales, a primera vista muy diferentes entre sí, han sido utilizados para comunicar tales pautas generales de conducta con antelación a las situaciones en que han de ser aplicadas. Uno de ellos hace un uso máximo, y el otro un uso mínimo, de las palabras clasificadoras generales. El primero es tipificado por lo que llamamos legislación, y el segundo por el precedente. Podemos ver sus características distintivas en los siguientes casos simples, no jurídicos. Antes de ir a la iglesia un padre dice a su hijo: "Todos los hombres y niños varones deben descubrirse al entrar a la iglesia". Otro padre, descubriéndose al

entrar a la iglesia, dice a su hijo: "Mira, esto es lo que debe hacerse en estas ocasiones".

La comunicación o enseñanza por el ejemplo de pautas o criterios de conducta puede asumir formas diferentes, mucho más complicadas que nuestro simple caso. Este se asemejaría más al uso jurídico del precedente si el padre, en lugar de decirle al niño, en la ocasión particular, que como ejemplo del obrar correcto observe lo que él hace al entrar a la iglesia, diera por sentado que el muchacho lo considera una autoridad en materia de conducta apropiada, y que lo observará para aprender la manera de comportarse. Para aproximarnos más al uso jurídico del precedente, debemos suponer que el padre se concibe a sí mismo, y es concebido por los demás, como adhiriendo a pautas tradicionales de conducta, y no como introduciendo pautas nuevas.

La comunicación por el ejemplo, en todas sus formas, aunque vaya acompañada de algunas instrucciones verbales de alcance general, tales como "Haz lo que yo hago", puede dejar abiertos campos de posibilidades, y con ello de dudas, sobre qué es lo que se quiere expresar, incluso respecto de cuestiones que la persona que trata de comunicarse ha tenido claramente en mira. ¿Hasta dónde debe llegar la imitación? ¿Tiene importancia que nos quitemos el sombrero con la mano izquierda, en lugar de hacerlo con la derecha? ¿Que lo hagamos lenta o rápidamente? ¿Que coloquemos el sombrero debajo del asiento? ¿Que no volvamos a cubrirnos dentro de la iglesia? Todas éstas son variantes de preguntas generales que el niño podría formularse: "¿En qué tiene que parecerse mi conducta a la suya para ser correcta?". "¿Qué parte precisamente de su conducta ha de ser mi guía?" Al comprender el ejemplo, el niño repara en algunos de sus aspectos más que en otros. En ello es orientado por el sentido común y por el conocimiento del tipo general de cosas y propósitos que los adultos consideran importantes; también lo orienta su apreciación del carácter general de la ocasión (ir a la iglesia) y del tipo de conducta apropiado a ella.

En contraste con las indeterminaciones de los ejemplos, la comunicación de pautas o criterios generales de conducta me-

diante formas generales explícitas del lenguaje ("Todo hombre debe quitarse el sombrero al entrar a la iglesia") parece clara, segura y cierta. Las características que deben considerarse como guías generales de conducta son identificadas aquí mediante palabras; son separadas verbalmente y no quedan mezcladas con otras en un ejemplo concreto. Para saber qué hacer en otras ocasiones el niño ya no tiene necesidad de adivinar la intención ajena ni qué es lo que los demás aprobarán; no necesita especular sobre qué aspectos de su conducta deben parecerse al ejemplo para que ella sea correcta. En lugar de ello, dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que debe hacer en el futuro y cuál la oportunidad de realizarlo. Sólo tiene que reconocer ejemplos de términos verbales claros, que "subsumir" hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística. No se le presenta la alternativa de elegir a su riesgo o pedir nuevas instrucciones dotadas de autoridad. Tiene una regla que puede aplicar por sí mismo a sí mismo.

Buena parte de la teoría jurídica de este siglo ha consistido en hacerse progresivamente cargo (y a veces en exagerar) el hecho importante de que la distinción entre la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad (legislación), es mucho menos firme que lo que sugiere este contraste ingenuo. Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son

claramente aplicables. ("Es indudable que un automóvil es un vehículo"). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no ("La palabra 'vehículo', tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?"). Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otras. Los cánones de "interpretación" no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no pueden —y en eso no difieren de otras reglas— proveer a su propia interpretación. Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser "automático", son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos. Pero las variantes de lo familiar reclaman también ser clasificadas bajo los términos generales que en un determinado momento constituyen parte de nuestro equipo linguístico. Aquí se precipita algo así como una crisis en la comunicación: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas.

En este punto, el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo. Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en

práctica al determinar cuál es la acción correcta. Pareciera ahora que, por el contrario, el lenguaje de la regla se limita a destacar un ejemplo revestido de autoridad, a saber, el constituido por el caso obvio. Este puede ser usado de manera muy análoga a un precedente, si bien el lenguaje de la regla circunscribirá las características dignas de atención en forma más permanente y más próxima que aquél. Frente al problema de si la regla que prohibe el uso de vehículos en un parque es aplicable a una combinación de circunstancias en la que aquélla aparece indeterminada, todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo —y en ello se encuentra en la misma posición que quien usa un precedente— es si el caso se asemeja "en grado suficiente" al caso típico, en aspectos "relevantes". El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico.

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una "textura abierta". Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales —tal como el idioma inglés— muestran, cuando se los usa así, una irreducible

textura abierta. Es importante apreciar, sin embargo, por qué, aparte de esta dependencia respecto del lenguaje tal como efectivamente es, con sus características de textura abierta, no podríamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas. Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses. Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica "mecánica".

Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de propósitos. Cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo, la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en

mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros (el automóvil, el ómnibus, la motocicleta); y nuestro propósito al legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección. Hemos resuelto inicialmente la cuestión de que la paz y la tranquilidad en el parque deben ser preservadas al costo, en todo caso, de la exclusión de aquellas cosas. Por otra parte, mientras no coloquemos el propósito general de preservar la paz en el parque en conjunción con aquellos casos que inicialmente no consideramos, o quizás no pudimos considerar (tal vez, por ejemplo, un auto de juguete a propulsión eléctrica), nuestro propósito, en esa dirección, es indeterminado. No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca: si ha de sacrificarse o defenderse algún grado de tranquilidad en el parque, frente a aquellos niños cuyo interés o placer consiste en usar ese juguete. Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. Al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial, y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla, tiene una palabra general.

Los diferentes sistemas jurídicos, o el mismo sistema en distintas épocas, pueden ignorar o reconocer en forma más o menos explícita tal necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismo consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida. Una manera de hacer esto es congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio. Para asegurar esto podemos aferrarnos a ciertas características presentes en el caso obvio, e insistir en que ellas son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido

por la regla, cualesquiera sean las restantes características que pueda tener o que puedan faltarle, y cualesquiera sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esta manera. Hacer esto es asegurar un grado de certeza o predecibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos. Así habremos conseguido, por cierto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas. Esta técnica nos forzará a incluir en el campo de aplicación de una regla casos que desearíamos excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables, y que los términos de textura abierta de nuestro lenguaje nos habrían permitido excluir si los hubiéramos dejado definidos de una manera menos rígida. La rigidez de nuestras clasificaciones entrará así en conflicto con los propósitos que nos animan al tener o preservar la regla.

Este proceso se consuma en "el paraíso de los conceptos" de los juristas; se llega a él cuando un término general recibe el mismo significado no sólo en todas las aplicaciones de una regla, sino dondequiera aparece en cualquier regla del sistema jurídico. Aquí no se requiere ni se hace esfuerzo alguno para interpretar el término a la luz de las diferentes cuestiones que están en juego en las diversas reglas en que se presenta.

De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto. Puede ocurrir que en algunos sistemas jurídicos, en ciertos períodos, se sacrifique demasiado en aras de la certeza, y que la interpretación judicial de las leyes y de los precedentes sea demasiado formal y no se haga cargo de semejanzas y diferencias entre los casos, que sólo son visibles

cuando éstos se examinan a la luz de objetivos sociales. En otros sistemas, o en otros períodos, puede parecer que los tribunales tratan demasiadas cosas en los precedentes como perpetuamente abiertas o revisibles, y que respetan muy poco límites tales como los que establece el lenguaje de la ley, no obstante su textura abierta. En esta materia la teoría jurídica tiene una curiosa historia; porque es propensa a ignorar o a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas. Para sustraernos a esta oscilación entre extremos es menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación, varía en grados según los diferentes campos de conducta, y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad mediante una correspondiente variedad de técnicas.

A veces se advierte desde un comienzo que la esfera a ser controlada jurídicamente es un campo en que las características de los casos individuales variarán tanto en aspectos socialmente importantes pero impredecibles, que la legislatura no puede formular útilmente por anticipado reglas generales para ser aplicadas de caso a caso sin nuevas directivas oficiales. En consecuencia, para regular tal esfera la legislatura establece guías muy generales y delega en un cuerpo administrativo creador de reglas, familiarizado con los diversos tipos de casos, la tarea de modelar reglas adaptadas a las especiales necesidades de éstos. Así la legislatura puede exigir de una industria que no se aparte de ciertos *standards*: cobrar una *tarifa o precio justo* o proveer *sistemas seguros* de trabajo. En lugar de dejar que las diferentes empresas apliquen estos *standards* vagos por sí mismas, con el peligro de que *ex post facto* se determine que los han violado, puede entenderse que es mejor no castigar las violaciones hasta que el órgano o cuerpo administrativo haya dictado reglas que especifiquen qué es lo que ha de entenderse, para una industria determinada, por "tarifa o precio justo" o "sistema seguro". El ejercicio de esta potestad de elaborar reglas puede supeditarse a algo semejante a una investigación judicial de los hechos relativos a la industria de que se trata, y a la celebración de una audiencia para oir argumentos en pro y en contra de una determinada forma de regulación.

Por supuesto, aun para los *standards* muy generales habrá ejemplos claros no discutibles de casos que los satisfacen o que no los satisfacen. Siempre será posible identificar *ab-initio* algunos casos extremos de lo que es, o no es, una "tarifa o precio justo" o un "sistema seguro". Así, en un extremo del campo infinitamente variado de casos habrá una tarifa tan alta que equivaldrá a una exacción al público por un servicio vital, al par que dará a los empresarios altísimas utilidades; en el otro extremo habrá una tarifa tan baja que no ofrecerá un incentivo para llevar adelante la empresa. De maneras diferentes, en uno y otro caso se frustraría cualquier propósito que pudiéramos tener al regular las tarifas. Pero estos no son más que los extremos de un campo de factores diferentes, y no es probable que se presenten en la práctica; en el medio se encuentran los casos reales difíciles que reclaman atención. Las combinaciones anticipables de factores relevantes son pocas, y esto da una relativa indeterminación a nuestro propósito inicial de lograr una tarifa justa o un sistema seguro, e impone la necesidad de una nueva decisión oficial. En estos casos resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto.

Se usa una segunda técnica semejante cuando la esfera a controlar es tal que resulta imposible identificar una clase de acciones específicas que uniformemente deban ser realizadas u omitidas, y convertir esas acciones en objeto de una regla simple, aunque el conjunto de circunstancias, si bien muy variado, incluye características familiares de la experiencia común. Aquí los juicios comunes sobre lo que es "razonable" pueden ser utilizados en el derecho. Esta técnica deja a los individuos, sujeta a la corrección por un tribunal, la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas. En este caso se les exige que se adecúen a un *standard* variable *antes* de que haya

sido definido oficialmente, y puede ser que sólo lleguen a enterarse *ex post facto,* por conducto de un tribunal, y cuando ya lo han violado, cuál es, en términos de acciones u omisiones específicas, el *standard* que ellos deben observar. Cuando las decisiones del tribunal son consideradas como precedentes, la especificación del *standard* variable contenido en ellas se asemeja mucho al ejercicio de la potestad de elaborar reglas delegadas en un cuerpo administrativo, aunque hay también diferencias obvias.

El ejemplo más famoso de esta técnica en el derecho angloamericano es el uso del *standard* de *due care* (debido cuidado), en los casos de culpa o negligencia. Se pueden aplicar sanciones civiles, y con menos frecuencia sanciones penales, a quienes omiten poner un cuidado razonable para no causar daños físicos a otros. Pero ¿qué es cuidado razonable o debido cuidado en una situación concreta? Podemos, por supuesto, citar ejemplos típicos de debido cuidado: hacer cosas tales como detenerse, observar y escuchar en las intersecciones de tránsito. Pero todos sabemos que las situaciones en que hay que poner cuidado son enormemente diversas y que muchas otras acciones se exigen además de "detenerse, observar y escuchar", o en lugar de estas últimas; en realidad éstas pueden no ser suficientes y podrían ser totalmente inútiles si observar no ayudara a conjurar el peligro. Mediante la aplicación de *standards* de cuidado razonable se trata de asegurar (1) que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial, y (2) que esas precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables. No es mucho lo que se sacrifica deteniéndose, observando y escuchando, salvo, naturalmente, que se esté transportando al hospital a un hombre con una hemorragia que pone en peligro su vida. Pero debido a la inmensa variedad de casos posibles en que se exige prudencia o cuidado, no podemos prever *ab initio* qué combinaciones de circunstancias se presentarán, ni prever qué intereses tendrán que ser sacrificados, o en qué medida, para adoptar precauciones contra el daño. Por ello es que no podemos considerar, antes de que se presenten los ca-

sos particulares, cuál es precisamente el sacrificio o compromiso de intereses y valores que estamos dispuestos a hacer para reducir el riesgo de daño. También aquí, nuestro propósito de proteger a los hombres contra el daño será indeterminado mientras no lo pongamos a prueba en relación con posibilidades que sólo la experiencia nos brindará; cuando esto ocurre tenemos que enfrentar una decisión que, si se toma, hará que nuestro propósito quede determinado en esa medida.

La consideración de estas dos técnicas pone de relieve las características de aquellas amplias áreas de conducta que son satisfactoriamente controladas *ab initio* no mediante un *standard* variable sino mediante reglas, que exigen acciones específicas y que sólo presentan una periferia de textura abierta. Esas áreas están caracterizadas por el hecho de que ciertas acciones, sucesos o estados de cosas distinguibles, tienen tal importancia práctica para nosotros, como cosas a evitar o a provocar, que muy pocas circunstancias concomitantes nos inclinan a considerarlas de modo diferente. El ejemplo más tosco de esto es el asesinato de un ser humano. Aunque las circunstancias en que los seres humanas matan a otros son muy variadas, estamos en situación de formular una regla contra el asesinato en lugar de establecer un *standard* variable ("debido respeto por la vida humana"): esto es así porque son muy pocos los factores que se presentan ante nuestros ojos con título para justificar que reexaminemos nuestra valoración de la importancia de proteger la vida humana. Casi siempre el matar *domina*, por decir así, los otros factores que lo acompañan, de modo que cuando por adelantado prohibimos "matar" no estamos prejuzgando ciegamente acerca de cuestiones que requieren ser contrapesadas entre sí. Por supuesto que hay excepciones, factores que dominan al que es usualmente predominante. Está el matar en defensa propia, y otras formas de homicidio justificable. Pero ellas son pocas y pueden ser identificadas en términos relativamente simples; son admitidas como excepciones a una regla general.

Es importante advertir que el *status* dominante de alguna acción, suceso o estado de cosas fácilmente identificable, puede

ser, en cierto sentido, convencional o artificial, y no deberse a la importancia "natural" o "intrínseca" que tiene para nosotros como seres humanos. No importa qué dirección o mano prescribe para el tránsito la ordenanza respectiva, ni (dentro de ciertos límites), qué formalidades se exigen para transferir una propiedad; pero importa mucho que exista un procedimiento fácilmente identificable y uniforme y que, por virtud de ello, esté claramente deslindado lo que está bien y lo que está mal en estas cuestiones. Cuando tal deslinde ha sido introducido por el derecho la importancia de adherir a él es, con pocas excepciones, principalísima; porque muy pocas circunstancias concomitantes pueden tener más peso, y las que lo tienen, pueden ser fácilmente identificables como excepciones y reglamentadas. El derecho inglés de la propiedad inmobiliaria ilustra muy claramente este aspecto de las reglas.

La comunicación de reglas generales mediante ejemplos revestidos de autoridad trae consigo, como hemos visto, indeterminaciones de un tipo más complejo. El reconocimiento del precedente como criterio de validez jurídica, significa cosas diferentes en diferente sistemas, y aún en el mismo sistema en distintas épocas. Las descripciones de la "teoría" inglesa del precedente son todavía, en ciertos puntos, altamente debatidas: en realidad incluso los términos claves usados en la teoría: "*ratio decidendi*", "hechos relevantes", "interpretación", tienen su propia penumbra de incertidumbre. No ofreceremos una nueva descripción general, sino que nos limitaremos a un intento de caracterizar en forma breve, tal como lo hicimos con la ley, el área de textura abierta y la actividad judicial creadora que se da dentro de ella.

Cualquier descripción honesta del uso del precedente en el derecho inglés tiene que tomar en cuenta los siguientes pares de hechos opuestos. *Primero,* no hay ningún método único para determinar la regla respecto de la cual es autoridad un determinado precedente al que se reconoce autoridad. A pesar de esto, en la vasta mayoría de los casos decididos hay muy pocas dudas. El sumario, por lo común, es suficientemente correcto. En *segundo lugar,* ninguna formulación de una regla que tiene que ser

extraída de los casos puede pretender ser la única correcta. Por otra parte, cuando el impacto de un precedente sobre un caso posterior está en disputa, existe a menudo acuerdo general en el sentido de que una determinada formulación es adecuada. En *tercer lugar*, cualquiera sea el *status* de autoridad que una regla extraída del precedente pueda tener, es compatible con el ejercicio por los tribunales, que están limitados por ella, de los dos tipos siguientes de actividad creadora o legislativa. Por una parte, los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente restringiendo la regla extraída de éste, y acogiendo alguna excepción antes no considerada, o que, si lo fue, quedó abierta. Este proceso de "distinguir" el caso anterior implica hallar alguna diferencia jurídicamente relevante entre aquél y el caso presente, y la clase de tales diferencias nunca puede ser determinada en forma exhaustiva. Por otra parte, al seguir un precedente los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la regla tal como fue formulada en el caso anterior, en base a que ella no es exigida por ninguna regla establecida por ley o por un precedente previo. Hacer esto es ampliar la regla. A pesar de estas dos formas de actividad legislativa, que la fuerza obligatoria del precedente deja abiertas, la aplicación del sistema inglés del precedente ha producido un cuerpo de reglas, gran número de las cuales, tanto de mayor como de menor importancia, son tan determinadas como cualquier regla contenida en una ley. Ahora ellas sólo pueden ser modificadas por ley, como los jueces mismos lo declaran a menudo en aquellos casos cuyos "méritos" parecen contradecir las exigencias de los precedentes establecidos.

La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las

aplicaciones de *standards* variables, *no* exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de *standards* variables. En un sistema donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas. En Inglaterra este hecho a menudo resulta oscurecido por las formas: porque con frecuencia los tribunales niegan cumplir tal función creadora e insisten en que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, buscar la "intención del legislador" y el derecho que ya existe.

2. VARIEDADES DE ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

Hemos examinado con algún detenimiento la textura abierta del derecho porque es importante apreciar esta característica en una justa perspectiva. Si no se procede así, ella provocará siempre exageraciones que oscurecerán otras características del derecho. En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad. Sin embargo, por importantes que sean estas actividades y por insuficientemente estudiadas que estén, no deben ocultar el hecho de que tanto la estructura dentro de la cual tienen lugar, como su principal producto final, consisten en reglas generales. Estas son reglas cuya aplicación

puede ser hecha por los individuos mismos en caso tras caso, sin recurrir a las directivas o a la discreción oficial.

Puede parecer extraño que la afirmación de que las reglas tienen un papel central en la estructura de un sistema jurídico haya sido seriamente puesta en duda alguna vez. Sin embargo, "el escepticismo ante las reglas", o la pretensión de que hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas, puede ejercer una atracción poderosa sobre la sinceridad de los juristas. Expresada en forma general, tanto respecto de las reglas secundarias como de las primarias, es por cierto una pretensión completamente incoherente; porque la afirmación de que hay decisiones de los tribunales no puede ser consistentemente combinada con la posición que, en forma absoluta, niega que hay reglas. Esto es así porque, como hemos visto, la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieren potestad jurisdiccional a una sucesión cambiante de individuos y, con ello, autoridad a sus decisiones. En una comunidad de personas que entendieran las nociones de decisión y de predicción de una decisión, pero no la de regla, faltaría la idea de decisión *con autoridad* y, con ella, la idea de tribunal. Sería imposible distinguir la decisión de un particular de la de un tribunal. Podríamos tratar de suplir, con la idea de "obediencia habitual", las deficiencias que presenta la predecibilidad de la decisión para servir de fundamento a la jurisdicción con autoridad implicada en la idea de tribunal. Pero si hacemos esto, nos encontraremos con que la noción de hábito adolece, a estos fines, de todas las insuficiencias que se pusieron de manifiesto en el capítulo IV, cuando la consideramos como candidato a reemplazar la noción de regla que confiere potestades legislativas.

En algunas versiones más moderadas de la teoría, se concede que para que haya tribunales tiene que haber reglas jurídicas que los constituyan, y que éstas en consecuencia no pueden ser a su vez simples predicciones de las decisiones de los tribunales. Sin embargo es poco lo que en realidad se avanza si la concesión se limita a eso. Porque es una afirmación caracterís-

tica de este tipo de teoría que las leyes no son derecho sino únicamente fuentes de derecho, mientras no sean aplicadas por los tribunales, y esto es incompatible con la afirmación de que sólo existen las reglas necesarias para constituir los tribunales. Tiene que haber también reglas secundarias que confieren potestades legislativas a sucesiones cambiantes de individuos. Porque la teoría no niega que haya leyes; en verdad las califica de meras "fuentes" de derecho, y se limita a negar que las leyes son derecho mientras no sean aplicadas por los tribunales.

Aunque estas objeciones son importantes y, respecto de una forma no cauta de la teoría, bien fundadas, no se aplican a ella en todas las formas. Bien puede ser que el escepticismo ante las reglas nunca se haya propuesto negar la existencia de reglas secundarias que confieren potestad judicial o legislativa, y que nunca haya pretendido que se pudiera demostrar que dichas reglas no eran sino decisiones o predicciones de decisiones. Ciertamente, los ejemplos en los que este tipo de teoría se ha apoyado con más frecuencia están tomados de reglas primarias que imponen deberes o acuerdan derechos o potestades a particulares. Sin embargo, aunque supongamos que la negativa de que hay reglas, y la afirmación de que lo que llamamos reglas no son más que predicciones de las decisiones de los tribunales, quedan limitadas de esta manera, hay un sentido, por lo menos, en el cual son obviamente falsas. Porque no puede ponerse en duda que, por lo menos en relación con algunas esferas del comportamiento dentro de un estado moderno, los individuos exhiben toda la gama de conducta y actitudes que hemos llamado el punto de vista interno. Las normas jurídicas funcionan en sus vidas, no simplemente como hábitos o como fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos de conducta, que son aceptados. Esto es, ellos no solamente hacen con tolerable regularidad lo que el derecho les exige, sino que ven en él una pauta o criterio jurídico de conducta, hacen referencia a él al criticar a otros, o al justificar exigencias, y al admitir críticas y exigencias hechas por los demás. Al usar las reglas jurídicas de esta manera norma-

tiva ellos presuponen sin duda que los jueces y otros funcionarios continuarán decidiendo y comportándose de ciertas maneras regulares, y por ello predecibles, de acuerdo con las reglas del sistema; pero es ciertamente un hecho observable de la vida social que los individuos no se limitan al punto de vista externo, esto es, a registrar y predecir las decisiones de los tribunales o la probable incidencia de las sanciones. En lugar de ello, constantemente expresan en términos normativos su aceptación compartida del derecho como guía de conducta. En el capítulo III hemos considerado en forma detenida la pretensión de que los términos normativos, tales como "obligación", no quieren decir más que una predicción de la conducta oficial. Si, como hemos sostenido, esa pretensión es falsa, las reglas jurídicas funcionan como tales en la vida social: ellas son *usadas* como reglas, no como descripciones de hábitos o como predicciones. Sin duda que son reglas con una textura abierta, y que en los puntos en que la textura es abierta los individuos sólo pueden predecir cómo decidirán los tribunales y ajustar su conducta a ello.

El escepticismo ante las reglas reclama seriamente nuestra atención, pero sólo como una teoría del papel de las reglas en la decisión judicial. En esta forma, al conceder todas las objeciones que hemos destacado, dicha teoría equivale a afirmar que, en lo que concierne a los tribunales, nada hay que circunscriba el área de textura abierta: de modo que es falso, si no absurdo, considerar que los propios jueces están sometidos a las reglas u "obligados" a decidir casos en la forma que lo hacen. Ellos pueden actuar con una regularidad y uniformidad suficientemente predecibles como para permitir que los demás, a lo largo de períodos prolongados, vivan de acuerdo con las decisiones de los tribunales consideradas como reglas. Es posible que los jueces incluso experimenten sentimientos de compulsión cuando deciden como lo hacen, y estos sentimientos también pueden ser predecibles; pero más allá de esto nada hay que pueda caracterizarse como una regla observada por ellos. Nada hay que los tribunales consideren como pauta o criterio de conducta judicial correcta, y, por ello, na-

da hay en esa conducta que manifieste el punto de vista interno característico de la aceptación de reglas.

Esta versión de la teoría se apoya en una variedad de consideraciones de peso muy diferente. El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las posibles combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna. Así el hecho de que las reglas que, según los jueces, los obligan al decidir un caso, tienen una textura abierta, o presentan excepciones que no son exhaustivamente especificables de antemano, y el hecho de que el desviarse de las reglas no hará pasibles a los jueces de una sanción física, son invocados a menudo como prueba favorable a la posición del escéptico. Estos hechos son subrayados para demostrar que "las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos"[1].

Argumentar de esta manera es pasar por alto lo que las reglas efectivamente son en cualquier esfera de la vida real. Sugiere que nos hallamos ante el siguiente dilema: "O las reglas son lo que serían en el paraíso del formalista y ellas sujetan como cadenas; o bien no hay reglas, sino únicamente decisiones predecibles o tipos de acción predecibles". Este, sin embargo, es un dilema claramente falso. Prometemos visitar a un amigo al día siguiente. Cuando llega ese día resulta que cumplir la promesa nos obligaría a desatender a una persona seriamente enferma. El hecho de que esto se acepte como una razón adecuada para no cumplir lo prometido no significa por cierto que no hay ninguna regla que obligue a cumplir las promesas, y que sólo hay una

[1] Llewellyn, *The Bramble Bush* (2ª edición), pág. 9.

cierta regularidad en el cumplimiento de ellas. Del hecho de que tales reglas tengan excepciones no susceptibles de un enunciado exhaustivo, no se sigue que en todos los supuestos quedamos librados a nuestra discreción y que nunca nos hallamos obligados a cumplir una promesa. Una regla que concluye con la expresión "a menos que..." sigue siendo una regla.

A veces se niega la existencia de reglas obligatorias para los tribunales, porque la cuestión de si al actuar de cierta manera manifestamos con ello la aceptación de una regla que nos exige actuar así, es confundida con cuestiones psicológicas sobre los procesos mentales que preceden o acompañan la acción. Suele ocurrir que cuando alguien acepta una regla como obligatoria y como algo que él y los demás no son libres de cambiar, aquél puede ver en forma totalmente intuitiva lo que la regla exige en una situación dada, y realizar el acto requerido sin pensar primero en la regla y en lo que ella exige. Cuando movemos una pieza de ajedrez de acuerdo con las reglas, o nos detenemos ante una señal de tránsito, nuestra conducta concorde con la regla es con frecuencia una respuesta directa a la situación, que no presupone un paso intermedio o un cálculo en términos de las reglas. La prueba de que tales acciones son aplicaciones genuinas de la regla es su ubicación respecto de ciertas circunstancias. Algunas de estas circunstancias preceden la acción particular y otras son posteriores; y algunas de ellas únicamente son expresables en términos generales e hipotéticos. El más importante de estos factores que demuestran que al actuar hemos aplicado una regla es que *si* nuestra conducta es impugnada estamos dispuestos a justificarla haciendo referencia a aquélla; y el carácter genuino de nuestra aceptación de la regla puede manifestarse no sólo en nuestros reconocimientos y observancia general de ella, antes y después, sino también en nuestra crítica a las desviaciones propias y ajenas. En base a esta evidencia o a una similar, podemos ciertamente concluir que si antes de nuestro "impensado" cumplimiento de la regla se nos hubiera preguntado cuál era la acción correcta y por qué lo era, lo honesto habría sido responder mencionando la regla. Es esa ubicación de nuestra conducta entre

tales circunstancias, y no el hecho de que vaya acompañada de un pensamiento explícito en la regla, lo que se necesita para distinguir un acto de genuina observancia de una regla y una acción que simplemente coincide con ella. Distinguiríamos así la movida del jugador de ajedrez adulto como un acto conforme a una regla aceptada, de la acción del niño que simplemente empuja la pieza al lugar correcto.

Esto no significa negar que la simulación sea posible y a veces exitosa. Los métodos de comprobación para determinar si una persona ha simulado *ex post facto* que actuó de acuerdo a una regla son, como todos los métodos de comprobación empíricos, inherentemente falibles, pero no lo son en forma inveterada. Es posible que en una determinada sociedad los jueces tomaran siempre su decisión en forma intuitiva, o "por pálpitos", y luego se limitaran a elegir de entre un catálogo de reglas jurídicas aquellas que, según su modo de ver, se parecieran más al caso ocurrente; podrían pretender entonces que esa era la regla que a su entender imponía la decisión dictada, aunque nada más en sus acciones o palabras sugiriera que la consideraron como una regla obligatoria. Algunas decisiones judiciales pueden ser dictadas así, pero es evidente, sin duda, que la mayoría de ellas, como ocurre con las movidas del jugador de ajedrez, son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso ocurrente es generalmente reconocida.

La última y más interesante forma de escepticismo ante las reglas no se funda en el carácter abierto de las normas jurídicas ni en el carácter intuitivo de muchas decisiones; se funda en el hecho de que la decisión de un tribunal ocupa una posición única como algo que posee autoridad, y, si se trata de tribunales supremos, autoridad final. Esta forma de la teoría, de la que nos ocuparemos en el apartado próximo, está implícita en la famosa frase del obispo Hoadly, que Gray tanto repite en *The Nature and Sources of Law*, "Ahora bien, quien tiene una autoridad absoluta

para interpretar las normas, escritas o no, ése es el legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por vez primera las escribió o enunció".

3. DEFINITIVIDAD E INFALIBILIDAD DE LA DECISION JUDICIAL

Un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer qué es derecho y, después que lo ha establecido, la afirmación de que el tribunal se "equivocó" carece de consecuencias dentro del sistema; nadie ve modificados sus derechos o deberes. La decisión, claro está, puede ser privada de efectos jurídicos por una ley, pero el hecho mismo de que sea menester recurrir a ello demuestra que, en lo que al derecho atañe, el enunciado de que el tribunal se equivocó era un enunciado vacío. La consideración de estos hechos hace que parezca pedante distinguir, en el caso de decisiones de un tribunal supremo, entre su definitividad y su infalibilidad. Esto conduce a otra forma de negar que los tribunales, al decidir, están de algún modo sometidos a reglas: "El derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es".

Las características más interesantes e instructivas de esta forma de la teoría son su aprovechamiento de la ambigüedad de enunciados tales como "el derecho (o la constitución) es lo que los tribunales dicen que es", y la explicación que ella tiene que dar, para ser consistente, de la relación que existe entre los enunciados de derecho no oficiales y los enunciados oficiales de un tribunal. Para entender aquella ambigüedad, consideraremos su análogo en el caso de un juego. Muchos juegos competitivos se juegan sin un tanteador (*scorer*) oficial: a pesar de sus intereses en conflicto, los jugadores consiguen aplicar aceptablemente bien la regla de tanteo (*scoring rule*) a los casos particulares; por lo común sus juicios concuerdan, y las disputas que quedan sin solución pueden ser pocas. Antes que se instituya un tanteador oficial, el enunciado que sobre el número de tantos convertidos (*score*) hace un jugador, si es honesto, representa un esfuerzo para apreciar la marcha del juego con referencia a la particular regla de tanteo aceptada en el mismo. Tales enunciados sobre el

número de tantos convertidos (*score*) son enunciados internos que aplican la regla de tanteo y, si bien presuponen que los jugadores observarán en general las reglas y objetarán su violación, no son enunciados ni predicciones de estos hechos.

Al igual que los cambios que se operan al pasar de un régimen consuetudinario a un sistema jurídico maduro, la introducción en el juego de reglas secundarias que instituyen un tanteador cuyas resoluciones son definitivas, aporta al sistema un nuevo tipo de enunciado interno; porque a diferencia de los enunciados de los jugadores respecto del número de tantos convertidos (*score*), las determinaciones del tanteador tienen asignado, por virtud de reglas secundarias, un *status* que las hace indiscutibles. En *este* sentido es verdad que, a los fines del juego, "el *score* es lo que el tanteador dice que es". Pero es importante ver que la *regla* de tanteo continúa siendo lo que era antes, y que es deber del tanteador aplicarla lo mejor posible. La proposición "el *score* es lo que el tanteador dice que es" sería falsa si se quisiera decir con ella que no hay regla para el tanteo, salvo la que el tanteador, en su arbitrio, elige aplicar. Podría haber ciertamente un juego con tal regla, y en alguna medida podría ser divertido jugarlo si el arbitrio del tanteador se ejerciera con cierta regularidad; pero se trataría de un juego diferente. Podríamos llamarlo el juego del "arbitrio del tanteador".

Es obvio que las ventajas que trae aparejadas un tanteador en materia de solución rápida y definitiva de las disputas, se adquieren a cierto precio. La institución de un tanteador puede colocar a los jugadores en una situación difícil: el deseo de que el juego sea regulado, como antes, por la regla de tanteo, puede entrar en conflicto con el deseo de que en la aplicación de dicha regla haya decisiones con autoridad definitiva. El tanteador puede incurrir en errores honestos, estar ebrio, o puede violar maliciosamente su deber de aplicar la regla de tanteo en la mejor forma posible. Por cualquiera de esas razones puede decidir que se ha convertido un tanto cuando no ha ocurrido ningún hecho que justifique tal decisión. Es posible adoptar provisiones para corregir sus fallos mediante apelación a alguna autoridad superior:

pero esto tiene que terminar alguna vez en una decisión con autoridad definitiva, que será dictada por seres humanos falibles, y llevará así consigo el mismo riesgo de error honesto, abuso o violación. Es imposible proveer mediante reglas a la corrección de las infracciones a todas las reglas.

Los riesgos inherentes en la creación de una autoridad que aplique reglas con carácter definitivo, pueden materializarse en cualquier esfera. Los que pueden materializarse en la humilde esfera de un juego son dignos de consideración, puesto que muestran, de una manera particularmente clara, que algunas inferencias extraídas por los escépticos ante las reglas pasan por alto ciertas distinciones que son indispensables para comprender aquella forma de autoridad dondequiera se aplique. Cuando se crea o establece un tanteador oficial, y sus determinaciones se aceptan como definitivas, los enunciados que sobre el número de tantos convertidos (*score*) formulan los jugadores u otros particulares no tienen *status* dentro del juego; son irrelevantes desde el punto de vista del resultado. Si coinciden con lo que dice el tanteador, tanto mejor; si no coinciden, no cuentan para nada en la determinación del resultado. Pero estos hechos muy obvios serían desfigurados si a los enunciados de los jugadores se los calificara de predicciones de las decisiones del tanteador, y sería absurdo sostener que se prescinde de ellos cuando discrepan con esas decisiones porque resultan ser predicciones falsas de las mismas. Después de la introducción de un tanteador oficial, cuando el jugador formula sus enunciados propios sobre el número de tantos convertidos (*score*), sigue haciendo lo mismo que hacía antes: a saber, determina la marcha del juego de la mejor forma posible, por referencia a la regla de tanteo. El tanteador hace eso mismo, en la medida en que cumple con los deberes propios de su posición. La diferencia entre ellos no consiste en que uno predice lo que el otro dirá, sino en que los enunciados de los jugadores son aplicaciones no oficiales de la regla de tanteo, y por ello carecen de significación para computar el resultado; mientras que los enunciados del tanteador tienen autoridad y son definitivos. Es importante observar que si el juego fuera "el arbitrio

del tanteador" la relación entre los enunciados no oficiales y los enunciados oficiales sería necesariamente distinta: los enunciados de los jugadores no sólo *serían* una predicción de las decisiones del tanteador, sino que además *no podrían* ser otra cosa. Porque en tal caso "el *score* es lo que tanteador dice que es" sería la regla de tanteo; no habría la posibilidad de que los enunciados de los jugadores fueran versiones meramente no oficiales de lo que el tanteador hace oficialmente. En tal caso las decisiones del tanteador serían a la vez definitivas e infalibles, o mejor dicho la cuestión sobre su falibilidad o infalibidad carecería de sentido; porque respecto de nada podría "acertar" o "equivocarse". Pero en un juego común "el *score* es lo que el tanteador dice que es" no es la regla de tanteo: es una regla que establece que la aplicación de la regla de tanteo a los casos particulares hecha por el tanteador tiene autoridad y carácter definitivos.

La segunda enseñanza que podemos extraer de este ejemplo de decisión con autoridad toca cuestiones más fundamentales. Podemos distinguir entre un juego normal y el juego del "arbitrio del tanteador" simplemente porque la regla de tanteo del primero aunque presenta, como otras reglas, su área de textura abierta donde el tanteador tiene que ejercer una elección, posee sin embargo un núcleo de significado establecido. Es de este núcleo que el tanteador no es libre de apartarse, y él constituye el criterio de tanteo correcto e incorrecto: tanto para el jugador, cuando formula sus enunciados no oficiales sobre el número de tantos realizados (*score*), como para el tanteador en sus decisiones oficiales. Esto es lo que hace que sea verdad decir que las decisiones del tanteador, aunque definitivas, no son infalibles. Lo mismo ocurre en el caso del derecho.

Hasta cierto punto, el hecho de que algunas decisiones del tanteador sean claramente equivocadas no es inconsistente con que el juego continúe: ellas cuentan tanto como las decisiones obviamente correctas. Pero la extensión en que la tolerancia de las decisiones incorrectas es compatible con la existencia continuada del mismo juego tiene un límite, y esto halla un análogo importante en el campo jurídico. El hecho de que se toleren abe-

rraciones oficiales aisladas o excepcionales no significa que lo que se juega ya no es *cricket* o *baseball*. Por otra parte, si estas aberraciones son frecuentes o si el tanteador repudia la regla de tanteo, llega un punto en el que o los jugadores ya no aceptan las decisiones aberrantes del tanteador, o si lo hacen están jugando otro juego. No se trata ya de *cricket* o *baseball* sino de "el arbitrio del tanteador"; porque es una característica definitoria de esos otros juegos que, en general, sus resultados deben determinarse de la manera exigida por el significado obvio de la regla, cualquiera sea la latitud que su textura abierta pueda permitir al tanteador. En algunas condiciones imaginables podríamos decir que lo que se jugó fue en verdad "el arbitrio del tanteador", pero el hecho de que en todos los juegos las decisiones del tanteador son definitivas no significa que todos los juegos sean eso.

Estas distinciones deben ser tenidas en cuenta al valorar la forma de escepticismo jurídico que se apoya en el *status* único que tiene la decisión de un tribunal en cuanto enunciado definitivo, con autoridad, de lo que es derecho en un caso particular. La textura abierta del derecho acuerda a los tribunales una potestad de creación jurídica mucho más amplia y más importante que la que tienen los tanteadores, cuyas decisiones no son usadas como precedentes creadores de derecho. Cualquier cosa que decidan los tribunales, tanto respecto de cuestiones que se encuentran en aquella parte de la regla que parece obvia a todos, como respecto de cuestiones que se hallan en su márgenes discutibles, lo decidido subsiste mientras no sea modificado por la legislación; y en lo que hace a la interpretación de ésta, los tribunales también tienen la última palabra, dotada de autoridad. Sin embargo, siempre hay que distinguir entre una constitución que, tras establecer un sistema de tribunales, dispone que cualquier cosa que la Suprema Corte considere adecuada será derecho, y la constitución de los Estados Unidos o, en lo que a esto respecta, la constitución de cualquier estado moderno. La proposición, "la constitución (o el derecho) es lo que los jueces dicen que es", si se la interpreta como que niega esta distinción, es una proposición falsa. En cualquier momento dado los jueces, incluso los de una Corte

Suprema, integran un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en la parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta. Los tribunales consideran a esas reglas como algo que ellos no son libres de dejar a un lado al ejercer la autoridad para dictar aquellas decisiones que no pueden ser discutidas dentro del sistema. Cuando un juez asume su cargo, así como cuando un tanteador asume el suyo, se encuentra con una regla, tal como la que dice que lo que la Reina en Parlamento dispone es derecho, que se halla establecida como una tradición y que es aceptada como el criterio o pauta para el desempeño de ese cargo. Esto circunscribe, aunque no anula, la actividad creadora de quienes lo ocupan. Es cierto que tales criterios o pautas no podrían seguir existiendo si la mayor parte de los jueces no les prestaran adhesión, porque su existencia en un momento dado simplemente consiste en su aceptación y uso como criterio o pauta de adjudicación correcta. Pero esto no hace que el juez que los usa sea el autor de ellos o, para emplear el lenguaje de Hoadly, el "legislador" competente para decidir a voluntad. La adhesión del juez es exigida para mantener los criterios o pautas, pero el juez no los crea.

Es posible, por supuesto, que escudados en las reglas que dan a las decisiones judiciales autoridad definitiva, los jueces se pongan de acuerdo para rechazar las reglas existentes, y dejen de considerar que las leyes del Parlamento, aún las más claras, imponen límites alguno a sus decisiones. Si la mayoría de sus fallos tuvieran ese carácter y fueran aceptados, ello importaría una transformación del sistema, paralela a la transformación de un juego de *cricket* en "el arbitrio del tanteador". Pero el hecho de que tales transformaciones sean posibles no demuestra que el sistema ya es lo que sería si la transformación tuviera lugar. Ninguna regla puede ser garantizada contra las transgresiones o el repudio, porque nunca es psicológica o físicamente imposible que los seres humanos las transgredan o repudien, y si un número suficiente de hombres lo hace durante un tiempo suficientemente prolongado, la regla desaparecerá. Pero la existencia de reglas en un momento dado no requiere esas imposibles garantías contra

la destrucción. Decir que en un momento dado hay una regla que exige que los jueces acepten como derecho las leyes del Parlamento o las del Congreso implica, primero, que existe acatamiento general a esa exigencia y que los jueces, individualmente considerados, rara vez se apartan de ella o la desconocen; en segundo lugar, implica que cuando tal desviación o desconocimiento individual ocurre, o si ocurriera, es o sería tratado por una gran mayoría como algo seriamente criticable e incorrecto, aun cuando la regla que acuerda carácter definitivo a las decisiones hiciera imposible revisar la decisión del caso particular, salvo mediante una ley que admite la validez de una decisión tal, aunque no su corrección. Es lógicamente posible que los seres humanos pudieran violar todas sus promesas, sintiendo al principio, quizás, que eso es incorrecto, y más tarde sin experimentar tal sentimiento. La regla que obliga a cumplir las promesas dejaría entónces de existir; pero esto sería un magro fundamento para sostener que esa regla ya no existe y que las promesas no son realmente obligatorias. El paralelo argumento referente a los jueces, basado en la posibilidad de que maquinen la destrucción del sistema en vigor, no tiene más fuerza.

Antes de abandonar el tópico del escepticismo ante las reglas tenemos que decir una última palabra acerca de su tesis positiva de que las reglas son la predicción de las decisiones de los tribunales. Es obvio, y ha sido señalado a menudo, que cualquiera sea la verdad que pueda haber en esto, en el mejor de los casos sólo es aplicable a los enunciados de derecho arriesgados por los particulares o por sus asesores. No puede aplicarse a los enunciados de una regla jurídica hechos por los propios tribunales. Estos últimos enunciados o son un ropaje verbal para el ejercicio de una discreción ilimitada, como pretenden alguno de los "realistas" más extremos, o tienen que ser la formulación de reglas auténticamente consideradas por los tribunales, desde el punto de vista interno, como un criterio o pauta de decisión correcta. Por otra parte, las predicciones de las decisiones judiciales innegablemente tienen un lugar importante en el derecho. Cuando llegamos al área de textura abierta, muy a menudo todo cuanto podemos

ofrecer con provecho como respuesta a la pregunta: "¿cuál es el derecho en esta materia?", es una predicción cautelosa de lo que harán los tribunales. Además, aun cuando lo que las reglas exigen sea claro, con frecuencia ello se puede expresar en la forma de una predicción de la decisión de los tribunales. Pero es importante advertir que predominantemente en el segundo caso, y en un grado variable en el primero, el fundamento de tal predicción es el conocimiento de que los tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas a seguir, que son lo suficientemente determinados, a pesar de su textura abierta, como para limitar, aunque no para excluir, su discreción. De aquí que, en muchos casos, las predicciones de lo que harán los tribunales son como la predicción que podríamos hacer en el sentido de que los jugadores de ajedrez moverán el alfil en línea oblicua: ellas se basan en última instancia en una apreciación del aspecto no predictivo de las reglas, y del punto de vista interno de éstas como pautas o criterios de conducta aceptados por aquellos a quienes las predicciones se refieren. Este no es más que un aspecto adicional del hecho, ya subrayado en el capítulo V, de que, si bien la existencia de reglas en cualquier grupo social posibilita la predicción, y a menudo le da fuerza, no puede ser identificada con ella.

4. INCERTIDUMBRE DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

El formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y el Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio. Es mucho, ciertamente, lo que hay que hacer —y no lo podemos intentar aquí— para caracterizar en forma detallada esa vía intermedia, y para mostrar los diversos tipos de razonamiento que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente. Pero hemos dicho bastante en este capítulo como para poder retomar, con provecho, el importante tema aludido al final del capítulo VI. Se trata de la incertidumbre no de reglas jurídicas particulares, sino de la regla de

reconocimiento y, con ello, del criterio último usado por los tribunales al identificar reglas válidas de derecho. La distinción entre la incertidumbre de una regla particular y la incertidumbre del criterio usado para identificarla como regla del sistema, no es siempre clara. Pero alcanza claridad máxima cuando las reglas son normas legislativas, con un texto revestido de autoridad. Las palabras de una ley y lo que ella prescribe en un caso particular pueden ser perfectamente obvios; sin embargo, es posible que haya dudas sobre si la legislatura tiene potestad para legislar de esa manera. A veces la eliminación de estas dudas únicamente exige interpretar otra regla de derecho que otorgó la potestad legislativa, y la validez de esta otra regla puede ser indudable. Tal sería el caso, por ejemplo, si estuviera en cuestión la validez de un precepto dictado por una autoridad subordinada, porque hay dudas respecto del significado de la ley del Parlamento que define las atribuciones legislativas de dicha autoridad. Este sería un caso de mera incertidumbre o textura abierta de una ley particular, y no suscitaría ninguna cuestión fundamental.

Hay que distinguir de tales cuestiones ordinarias aquellas que versan sobre la competencia jurídica de la propia legislatura suprema. Estas otras cuestiones se refieren a los criterios últimos de validez jurídica; y pueden surgir aun en un sistema jurídico como el inglés, en el que no hay una constitución escrita que especifique la competencia de la legislatura suprema. En la enorme mayoría de los casos la fórmula "lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho" es una expresión adecuada de la regla sobre la competencia jurídica del Parlamento, y es aceptada como un criterio último para la identificación del derecho, por muy abiertas que se hallen en su periferia las reglas así identificadas. Pero pueden surgir dudas respecto del significado o alcance de aquella fórmula; podemos preguntarnos qué quiere decir "sancionado por el Parlamento" y las dudas que surjan pueden ser resueltas por los tribunales. ¿Qué inferencia cabe extraer, respecto de la posición que ocupan los tribunales en un sistema jurídico, del hecho de que la regla última de éste puede ofrecer dudas y éstas ser resueltas por aquéllos? ¿Se hace necesario, en

vista de esta circunstancia, modificar de algún modo la tesis de que el fundamento de un sistema de derecho es una regla de reconocimiento aceptada que especifica los criterios de validez jurídica?

Para responder a estas preguntas consideraremos aquí algunos aspectos de la doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento, aunque, por supuesto, pueden aparecer dudas similares respecto de los criterios últimos de validez jurídica en cualquier sistema. Bajo la influencia de la doctrina de Austin de que el derecho es esencialmente el producto de una voluntad jurídicamente ilimitada, algunos teóricos del derecho constitucional sostuvieron que era lógicamente necesario que existiera una legislatura soberana, entendiendo por esto una legislatura que, durante toda su existencia como cuerpo continuo, fuese libre no sólo frente a limitaciones impuestas *ab extra,* sino también frente a su propia legislación previa. Hoy día puede considerarse punto pacífico que el Parlamento inglés es soberano en este sentido, y el principio de que ningún Parlamento anterior puede impedir que sus "sucesores" deroguen la legislación dictada por aquél, constituye parte de la regla última de reconocimiento utilizada por los tribunales para identificar reglas válidas de derecho. Es importante ver, sin embargo, que no hay ninguna necesidad lógica, mucho menos una necesidad de la naturaleza, de que exista tal Parlamento; es sólo una forma o estructura entre otras, igualmente concebibles, que ha llegado a ser aceptada entre nosotros como el criterio de validez jurídica. Entre esas otras formas posibles se encuentra otro principio que con iguales o quizás mejores títulos podría merecer el nombre de "soberanía". Nos referimos al principio de que el Parlamento, en lugar de *carecer* de potestades para limitar en forma irrevocable la competencia legislativa de sus sucesores, tuviera esa más amplia potestad de auto-limitación. En tal caso el Parlamento podría, por lo menos una vez en su historia, ejercer una esfera de competencia legislativa aún más amplia que la que le concede la doctrina establecida. El requisito de que en todo momento de su existencia el Parlamento esté libre de limitaciones jurídicas, incluso de las impuestas por sí mismo, es,

después de todo, sólo una interpretación de la idea ambigua de omnipotencia jurídica. Se trata, en efecto, de elegir entre una omnipotencia *continuada* sobre todas las cuestiones que no afecten la competencia legislativa de los parlamentos posteriores, y una ilimitada omnipotencia *auto-comprensiva* (*self-embracing*), de la que se puede gozar sólo una vez. Estas dos concepciones de la omnipotencia tienen un paralelo en dos concepciones de un Dios omnipotente: por un lado, un Dios que en todo momento de su existencia goza de los mismos poderes y por lo tanto no puede cercenarlos, y por el otro, un Dios cuyos poderes incluyen el de destruir para el futuro su omnipotencia. Cuál es la forma de omnipotencia —continuada o auto-comprensiva— de que goza nuestro Parlamento, es una cuestión empírica relativa a la forma de regla que es aceptada como criterio último para identificar el derecho. Aunque es una cuestión que versa sobre una regla que se encuentra en la base de un sistema jurídico, es empero una cuestión de hecho, respecto de la cual puede haber, en cualquier momento dado y por lo menos en algunos puntos, una respuesta plenamente determinada. Así, es claro que la regla que actualmente se acepta es una regla de soberanía continuada, de modo que el Parlamento no puede poner sus leyes a cubierto de la derogación.

Sin embargo, como ocurre con cualquier otra regla, el hecho de que la regla de la soberanía parlamentaria es determinada en este punto, no significa que lo sea en todos. Pueden suscitarse cuestiones acerca de ella que no tengan, hasta ese momento, una respuesta claramente correcta o incorrecta. Tales cuestiones sólo pueden ser solucionadas mediante una elección, hecha por alguien a cuyas decisiones, en esta materia, se les ha reconocido, eventualmente, autoridad. Esas indeterminaciones en la regla de la soberanía parlamentaria se presentan por lo común de la siguiente manera. Según la regla actual se acepta que una ley del Parlamento no puede sustraer en forma irrevocable ninguna cuestión a la acción legislativa futura del Parlamento; pero puede distinguirse entre una ley que en forma lisa y llana intenta hacer eso, y otra ley que, a la par que deja abierta al Parlamento la po-

sibilidad de legislar sobre cualquier tópico, tiene por mira modificar la "manera y forma" de la legislación. Esta última ley puede establecer, por ejemplo, que en ciertas cuestiones ninguna legislación entrará en vigor si no es aprobada por una mayoría de las dos Cámaras reunidas en asamblea, o si no es confirmada por un plebiscito. Puede "atrincherar" tal provisión estableciendo que ella *mismo* sólo puede ser derogada mediante ese procedimiento especial. Tal modificación parcial del procedimiento legislativo bien puede ser compatible con la regla actual de que el Parlamento no puede obligar en forma irrevocable a sus sucesores; porque lo que hace no es tanto *obligar* a éstos como eliminarlos *quoad* ciertas cuestiones, y transferir sus potestades legislativas respecto de ellas al nuevo cuerpo especial. Se puede decir, por lo tanto, que, en relación con estas cuestiones especiales, el Parlamento no ha "obligado" o "atado" al Parlamento, ni disminuido su omnipotencia continuada, sino que ha "redefinido" lo que ha de entenderse por Parlamento y lo que hay que hacer para legislar.

Va de suyo que si esta técnica fuese válida, mediante ella el Parlamento podría conseguir prácticamente los mismos resultados que la doctrina de que el Parlamento no puede obligar a sus sucesores parece colocar más allá de la potestad de éste. Porque si bien es cierto que la diferencia entre circunscribir el área sobre la que puede legislar el Parlamento, por un lado, y limitarse a modificar la manera y la forma de la legislación, por el otro, es suficientemente clara en algunos casos, en la práctica los límites de estas dos categorías se confunden. Una ley que, después de fijar un salario mínimo para los mecánicos, estableciera que ningún proyecto de ley concerniente a la retribución de éstos tendrá fuerza de derecho si no es confirmado por una resolución del Sindicato de Mecánicos, y que exigiera esa misma conformidad para la reforma de la propia ley en cuestión, tendría en la práctica los mismos efectos que una ley que fijara la retribución "para siempre", y prohibiera en forma directa y absoluta su derogación. Sin embargo se puede construir un argumento, que para los abogados tendría cierta fuerza, para demostrar que si bien esto último no

sería eficaz a la luz de la regla de soberanía parlamentaria continuada, lo primero podría ser compatible con ella. Los pasos del argumento consisten en una sucesión de afirmaciones sobre lo que el Parlamento puede hacer, cada una de las cuales sería menos plausible que su predecesora aunque tendría alguna analogía con ella. Ninguna de ellas puede ser rechazada por errónea o aceptada con confianza como correcta; porque nos hallamos en el área de textura abierta de la más fundamental regla del sistema. En cualquier momento puede surgir aquí una pregunta para la que no hay una respuesta, sino varias.

Así sería posible admitir que el Parlamento podría modificar en forma irrevocable la constitución del Parlamento, por ejemplo, aboliendo completamente la Cámara de los Lores, y yendo así más allá que las Leyes de 1911 y 1949 que prescindieron del acuerdo de dicha Cámara para cierta legislación, leyes que algunos autores prefieren interpretar como una mera delegación revocable de algunas de las potestades del Parlamento en favor de la Reina y de la Cámara de los Comunes. Sería posible admitir también, como sostuvo Dicey[2], que el Parlamento podría auto-destruirse totalmente, mediante una ley que declarara que sus potestades han terminado y derogara las normas que proveen a la elección de Parlamentos futuros. En tal caso, el Parlamento podría válidamente complementar este suicidio legislativo con una ley que transfiriese todas sus potestades a algún otro cuerpo, digamos la Manchester Corporation. Si puede hacer esto ¿no puede realmente hacer algo menor? ¿No puede poner fin a sus potestades para legislar en ciertas materias y transferirlas a una nueva entidad integrada por el propio Parlamento y algún otro cuerpo? Sobre esta base, ¿no cabe pensar que la Sección 4 de la Ley de Westminster, que requiere el consentimiento de un Dominio para cualquier legislación que lo afecte, hizo efectivamente eso respecto de las potestades del Parlamento para legislar para un Dominio? Es posible que la tesis de que esto puede ser efectivamente derogado sin el consentimiento del Dominio sea

[2] *The Law of the Constitution* (10a. edición), pág. 68, n.

no sólo una "teoría", como dijera Lord Sankey, que "no se hace cargo de la realidad". Es posible que sea mala teoría, o por lo menos no mejor que la opuesta. Por último, si el Parlamento puede ser reconstituido de estas maneras, por su propia acción, ¿por qué no podría reconstituirse a sí mismo disponiendo que el consentimiento del Sindicato de Mecánicos sea un requisito necesario para ciertos tipos de leyes?

Es plenamente posible que algunas de las proposiciones cuestionables que constituyen los pasos dudosos, pero no obviamente equivocados, de este argumento, serán algún día aceptadas o rechazadas por un tribunal llamado a decidir la cuestión. Tendremos entonces una respuesta a las preguntas que ellas suscitan, y esa respuesta, mientras el sistema exista, poseerá un *status* de autoridad único entre las respuestas que podrían darse. Los tribunales habrán determinado entonces, en ese punto, el contenido de la regla última mediante la cual se identifica el derecho válido. Aquí "la constitución es lo que los jueces dicen que es" *no* significa simplemente que las decisiones particulares de los tribunales supremos no pueden ser impugnadas. A primera vista el espectáculo parece paradojal; ante nuestros ojos tenemos jueces ejerciendo potestades creadoras que determinan los criterios últimos para comprobar la validez de las propias normas que les confieren jurisdicción en tanto que jueces. ¿Cómo puede una constitución conferir autoridad para decir lo que la constitución es? Pero la paradoja desaparece si recordamos que aunque toda regla puede ser dudosa en algunos puntos, es por cierto una condición necesaria de un sistema jurídico existente que no toda regla sea dudosa en todos los puntos. La posibilidad de que haya tribunales que en cualquier momento dado tengan autoridad para decidir estas cuestiones límites referentes a los últimos criterios de valdez, depende meramente del hecho de que, en ese momento, la aplicación de dichos criterios a una vasta área del derecho, que incluye las reglas que confieren aquella autoridad, no origine dudas, aunque sí la originen su preciso ámbito y alcance.

Esta respuesta, sin embargo, puede parecer a algunos una manera demasiado simplista de tratar el problema. Puede dar la im-

presión de que caracteriza en forma muy inadecuada la actividad de los jueces en los lindes de las reglas fundamentales que especifican los criterios de validez jurídica; y puede dar esa impresión porque tal respuesta asimila demasiado estrechamente dicha actividad a la cumplida en los casos ordinarios, donde los tribunales ejercen una elección creadora al interpretar una ley particular que ha resultado indeterminada. Es claro que tales casos ordinarios tienen que surgir en cualquier sistema, y así parece obvio que las reglas que sirven de base a la actuación de los tribunales estén integradas —aunque no en forma explícita— por el principio de que éstos tienen jurisdicción para resolver aquellos casos eligiendo una de las alternativas que la ley deja abierta, aun cuando prefieran presentar esa elección como si fuera un descubrimiento. Pero, al menos en ausencia de una constitución escrita, las cuestiones referentes a los criterios fundamentales de validez a menudo parecen *no* tener esta cualidad que puede ser contemplada de antemano, y que permite decir con naturalidad que los tribunales tienen ya, de acuerdo con las reglas existentes, una clara autoridad para resolver cuestiones de ese tipo.

Quizás una forma de error "formalista" sea, precisamente, la de pensar que todo paso dado por un tribunal está cubierto por una regla general que le confiere de antemano la autoridad para darlo, de suerte que sus potestades creadoras son *siempre* una forma de potestad legislativa delegada. La verdad puede ser que, cuando los tribunales resuelven cuestiones previamente no contempladas relativas a las reglas más fundamentales de la constitución, ellos *obtienen* que se acepte su autoridad para decidirlas después que las cuestiones han surgido y la decisión ha sido dictada. Es concebible que la cuestión constitucional en debate divida a la sociedad de manera demasiado fundamental para que pueda ser resuelta mediante una decisión judicial. Las cuestiones suscitadas en Sud Africa en relación con ciertas cláusulas de la South Africa Act de 1909, amenazaron en un momento con ser demasiado decisivas para una solución jurídica. Pero cuando están en juego cuestiones sociales menos vitales, es posible que se acepte sin protestas una pieza muy sorprendente de creación ju-

dicial de derecho relativa a las propias fuentes de éste. Cuando tal cosa ocurre, a menudo se dirá *retrospectivamente,* y ello puede parecer genuino, que los tribunales siempre tuvieron la potestad "inherente" de hacer lo que hicieron. Esta, sin embargo, puede ser una ficción piadosa, si la única prueba a su favor es que las cosas salieron bien.

El manipuleo que los tribunales ingleses hacen de las reglas sobre la fuerza obligatoria del precedente quizás quede descripta con mayor honestidad de esta última manera, es decir, como un intento exitoso de arrogarse potestades y ejercerlas. Aquí el éxito otorga autoridad *ex post facto.* Así, antes de la decisión del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal en el caso *Rex vs. Taylor*[8], la cuestión de si ese tribunal tenía autoridad para decidir que no estaba limitado por sus propios precedentes en cuestiones sobre libertad individual, podría haber parecido una cuestión completamente abierta. Pero el fallo se dictó y ahora se lo sigue como derecho. El enunciado de que el tribunal tuvo siempre una potestad inherente de decidir de esa manera sólo sería, sin duda, un modo de presentar las cosas en forma más ordenada de lo que realmente son. Aquí, en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales, acogeríamos de buen grado al escéptico ante las reglas, mientras no olvide que se lo acepta en los lindes, y no nos ciegue frente al hecho de que lo que en gran medida posibilita estos notables desarrollos judiciales de las reglas más fundamentales, es el prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del derecho.

[8] (1950), 2 K. B. 368.

CAPITULO VIII

JUSTICIA Y MORAL

Para elucidar características distintivas del derecho como medio de control social, hemos creído necesario introducir elementos que no pueden ser elaborados a partir de las ideas de una orden, una amenaza, obediencia, hábitos, y generalidad. Mucho de lo que es característico del derecho queda desfigurado por el esfuerzo de explicarlo en estos términos simples. Creímos necesario distinguir, así, entre la idea de hábito general y la de regla social, y subrayar el aspecto interno de las reglas manifestado en su uso como pautas o criterios de conducta orientadores y críticos. Distinguimos luego entre las reglas primarias de obligación y las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación. El tema principal de este libro es que son tantos los actos distintivos del derecho y tantas las ideas constitutivas de la estructura del pensamiento jurídico que requieren para su elucidación la referencia a uno o a ambos de estos dos tipos de reglas, que su unión puede ser considerada con justicia como la "esencia" del derecho, aunque los dos tipos de reglas no siempre aparezcan juntos dondequiera se use correctamente la palabra "derecho". Nuestra justificación para atribuir a la unión de las reglas primarias y secundarias este lugar central no es que ella desempeña allí el papel de un diccionario, sino que tiene un gran poder explicativo.

Debemos examinar ahora la pretensión que, en el perenne debate sobre la "esencia" o la "naturaleza" o la "definición" del derecho, ha sido opuesta con más frecuencia a la teoría simple del imperativo que hemos considerado inadecuada. Se trata de la afirmación general de que entre el derecho y la moral hay una

conexión en algún sentido "necesaria", y que es esto lo que merece ser considerado como central en cualquier intento de analizar o elucidar la noción de derecho. Quienes abogan por este punto de vista pueden no tener interés en controvertir nuestras críticas a la teoría imperativa simple. Hasta podrían conceder que ellas constituyen un progreso útil; y que la unión de reglas primarias y secundarias es en realidad un punto de partida más importante para la comprensión del derecho que las órdenes respaldadas por amenazas. Su argumento sería, sin embargo, que eso no basta: que aun dichos elementos tienen importancia subordinada, y que mientras la relación "necesaria" con la moral no sea hecha explícita y no se advierta su importancia central, las nieblas que durante tanto tiempo han circundado la comprensión del derecho no podrán ser disipadas. Desde este punto de vista los casos cuestionables o controvertibles de derecho no serían simplemente el derecho de las sociedades primitivas o el derecho internacional, que han sido considerados dudosos en razón de la falta de legislatura, de tribunales con jurisdicción compulsiva, y de sanciones legalmente organizadas. Mucho más cuestionable, desde este punto de vista, es el título que, para ser tratados como derecho, tienen aquellos sistemas nacionales que exhiben el atuendo pleno de *juge, gendarme et legislateur* pero no satisfacen ciertas exigencias fundamentales de justicia o moral. Con palabras de San Agustín [1], "¿qué son los estados sin justicia, sino bandas de asaltantes a escala mayor?".

La pretensión de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral tiene mucha variantes de importancia, no todas ellas conspicuas por su claridad. Hay muchas interpretaciones posibles de los términos claves "necesaria" y "moral" y ellas no siempre han sido distinguidas y consideradas separadamente por los partidarios o por los críticos. La forma más clara de expresión de este punto de vista, quizás porque es la más extrema, es aquélla asociada con la tradición tomista del derecho natural. Ella comprende una tesis doble: primero, que hay ciertos prin-

[1] *Confesiones*, IV.

cipios de verdadera moral o justicia, descubribles por la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tienen origen divino. En segundo lugar, que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son derecho válido. "Lex iniusta non est lex". Otras variantes de este punto de vista general ven de modo diferente el *status* de los principios de la moral y las consecuencias de la contradicción entre el derecho y esta última. Algunos conciben a la moral no como principios inmutables de conducta, descubribles por la razón, sino como expresiones de actitudes humanas frente a conductas que pueden variar de sociedad a sociedad o de individuo a individuo. Las teorías de este tipo usualmente sostienen también que el conflicto entre el derecho y las exigencias de la moral, aun las más fundamentales, no es suficiente para privar a una regla de su *status* jurídico; esas teorías interpretan de manera diferente la conexión "necesaria" entre el derecho y la moral. Sostienen que para que exista un sistema jurídico tiene que haber un reconocimiento ampliamente difundido, aunque no necesariamente universal, de una obligación moral de obedecer el derecho, si bien esta obligación puede ser desplazada en casos particulares por una obligación moral más fuerte de no obedecer normas particulares moralmente inicuas.

El examen crítico completo de las diversas variedades de teorías que afirman una conexión necesaria entre la moral y el derecho nos adentraría demasiado en el campo de la filosofía moral. Pero sin llegar tan lejos es posible dar a un lector reflexivo material suficiente como para que se forme una opinión razonada de la verdad e importancia de tales pretensiones. A este fin lo que más falta hace es separar e identificar algunos problemas, confundidos desde hace mucho tiempo, que consideramos en este capítulo y en el próximo. El primero de ellos apunta a la distinción, dentro de la esfera general de la moral, de la idea específica de justicia y de las notas especiales que dan cuenta de su conexión peculiarmente íntima con el derecho. El segundo se refiere a las características que distinguen las reglas y principios morales no sólo de las reglas jurídicas sino de todas las otras formas de reglas sociales o criterios de conducta. Estos dos proble-

mas constituyen el tema de este capítulo; el tercero, que es el tema del próximo, se refiere a los muchos sentidos y maneras diferentes en que puede decirse que las reglas jurídicas y la moral están relacionadas.

1. PRINCIPIOS DE JUSTICIA

Los términos que los juristas usan con más frecuencia para ensalzar o censurar el derecho o su administración, son las palabras "justo" e "injusto", y muy a menudo los autores razonan como si las ideas de justicia y moral fueran coextensivas. Hay por cierto muy buenas razones para que la justicia ocupe un lugar de máxima prominencia en la crítica de las estructuras jurídicas; sin embargo, es importante advertir que sólo se trata de un segmento de la moral y que las normas jurídicas y su administración pueden tener o no tener excelencias de tipos diferentes. Basta muy poca reflexión sobre algunos tipos comunes de juicio moral para mostrar este carácter especial de la justicia. De un padre que ha tratado con crueldad a su hijo se dirá por lo común que ha hecho algo moralmente *malo,* o aun *malvado,* o que ha transgredido su *obligación* o deber moral frente a su hijo. Pero sería extraño que se criticara su conducta como *injusta.* Esto no es porque la fuerza condenatoria de la palabra "injusto" sea demasiado débil, sino porque la crítica moral en términos de justicia o injusticia por lo común es diferente de (y más específica que) los otros tipos de crítica moral general que se adecúan a este caso particular y se expresan mediante palabras como "incorrecto", "malo" o "malvado". "Injusto" sería apropiado si el padre hubiera elegido arbitrariamente a alguno de sus hijos para aplicarle un castigo más severo que a otros de ellos culpables de la misma falta, o si hubiera castigado al niño por algún desaguisado sin tomar los recaudos necesarios para cerciorarse que éste era realmente el autor. Del mismo modo, si pasamos de la crítica de la conducta individual a la crítica del derecho, podemos expresar nuestra complacencia con una ley que obliga a los padres a enviar a sus hijos a la escuela diciendo que es una buena ley, y nuestra dis-

conformidad con una ley que prohibe la crítica al gobierno, llamándola una ley mala. Normalmente tales críticas no se formulan en términos de "justicia" e "injusticia". "Justa", por otra parte, sería la palabra apropiada para expresar nuestra complacencia con una ley que distribuye la carga impositiva de acuerdo con la riqueza. De la misma manera, "injusta" sería la palabra apropiada para expresar nuestra disconformidad con una ley que prohibiese a la gente de color utilizar los medios de transporte públicos o los parques. Que "justo" e "injusto" son formas más específicas de crítica moral que "bueno" y "malo" o "correcto" e "incorrecto", resulta obvio del hecho de que podríamos inteligiblemente sostener que una norma jurídica es buena porque es justa, o mala porque es injusta, pero no que es justa porque es buena, o injusta porque es mala.

Las características distintivas de la justicia y su conexión especial con el derecho comienzan a surgir si se observa que la mayor parte de las críticas hechas mediante el uso de las palabras "justo" e "injusto", podrían ser expresadas casi igual mediante las expresiones "equitativo" ("*fair*") y "no equitativo" ("*unfair*"). Obviamente el concepto de equidad (*fairness*) no es coextensivo con el de moral en general; las referencias a la equidad son relevantes principalmente en dos situaciones en la vida social. Una de ellas ocurre cuando nuestro interés no se dirige a una conducta individual aislada, sino a la manera en que son tratados *clases* de individuos cuando una carga o beneficio tiene que ser distribuido entre ellos. De aquí que lo que es típicamente "equitativo" o "no equitativo" es una "participación". La segunda situación ocurre cuando se ha causado algún daño y la víctima reclama una compensación o indemnización. Estos no son los únicos contextos en los que se hacen estimaciones en términos de justicia o equidad. No sólo aludimos a las distribuciones o a las compensaciones como justas o "equitativas"; también decimos que un juez es justo o injusto, que un proceso es "*fair*" o "*unfair*"*; y que una

* Las palabras "*fair*" y "*unfair*", cuando son usadas para calificar un procedimiento judicial, carecen de equivalente simple en español. Por lo menos yo no he podido o sabido hallarlo. Un proceso *fair* es aquél en que se han

persona ha sido condenada justa o injustamente. Estas son aplicaciones derivadas; son explicables una vez que se entiende la aplicación primaria de la noción de justicia a cuestiones de distribución y compensación.

El principio general latente en estas diversas aplicaciones de la idea de justicia es que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que distribuir cargas o beneficios; también es algo que debe ser restablecido cuando ha sido alterado. Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene o restablece un *equilibrio* o *proporción*, y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: "tratar los casos semejantes de la misma manera"; aunque es necesario añadir "y tratar los casos diferentes de diferente manera". Así, cuando, en nombre de la justicia, protestamos contra una ley que prohibe a la gente de color el uso de los parques públicos, esta crítica se centra en que dicha ley es mala porque al distribuir los beneficios de las ventajas o facilidades públicas entre la población discrimina entre personas que, en todos los aspectos relevantes, son iguales. A la inversa, si una ley es elogiada como justa porque, por ejemplo, elimina algún privilegio o inmunidad de que gozaba un grupo o clase especial, el pensamiento guía es que no existe tal diferencia relevante entre la clase privilegiada y el resto de la comunidad como para que aquélla merezca un tratamiento especial. Estos ejemplos simples bastan, sin embargo, para mostrar que, aunque "tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera", es un elemento central en la idea de justicia, en sí es incompleto y, mientras no se lo complemente, no puede proporcionar ninguna guía determinada para la conducta. Esto es así porque cualquier conjunto de seres humanos se asemejarán entre sí en algunos aspectos y diferirán entre sí en otros y, mientras no se establezca qué seme-

observado ciertos cánones mínimos (notificación al demandado o acusado, oportunidad de defensa y de prueba, tribunal imparcial, etc.). [N. del T.].

janzas y qué diferencias son relevantes, "tratar los casos semejantes de la misma manera" será una forma vacía. Para llenarla tenemos que saber cuándo, para los fines que se tienen en mira, los casos han de ser considerados iguales y qué diferencias son relevantes. Sin este suplemento no podemos criticar normas jurídicas u otras estructuras sociales como injustas. No es injusto que el derecho, cuando reprime el homicidio, trate a los homicidas pelirrojos de la misma manera que a los otros; por cierto que si los tratara en forma diferente sería tan injusto como si no tratara en forma diferente al cuerdo y al insano.

Hay por lo tanto una cierta complejidad en la estructura de la idea de justicia. Podemos decir que consiste en dos partes: una nota uniforme o constante resumida en el precepto "tratar los casos semejantes de la misma manera", y un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes. En este aspecto la justicia es como las nociones de lo que es genuino, o alto, o caluroso, que contienen una referencia implícita a un criterio que varía según la clasificación de la cosa a la que esas palabras se aplican. Un niño alto puede tener la misma estatura que un hombre bajo, un invierno caluroso tener la misma temperatura que un verano frío, y un diamante falso puede ser una antigüedad genuina. Pero la noción de justicia es mucho más complicada que estas otras nociones, porque el criterio variable de semejanza relevante entre cosas diferentes incorporado a ella, no sólo cambia con el tipo de objeto al que se aplica, sino que también puede estar abierto a impugnación aun respecto de un único tipo de objetos.

En ciertos casos, en verdad, las semejanzas y diferencias entre seres humanos que son relevantes para la crítica de las estructuras jurídicas como justas e injustas son completamente obvias. Tal es el caso, en grado preeminente, cuando apuntamos no a la justicia o injusticia del *derecho,* sino a la de su *aplicación* en casos particulares. Porque aquí las semejanzas y diferencias relevantes que debe tener en cuenta el que administra el derecho,

están determinadas por el derecho mismo. Decir que la norma que reprime el homicidio es aplicada justamente, es decir que se la aplica con imparcialidad a todos aquellos, y sólo a aquellos, que tienen en común haber hecho lo que dicha norma prohibe. Ningún prejuicio ni interés ha impedido que el administrador los trate "con igualdad". En concordancia con esto los principios procesales tales como *"audi alteram partem"* o "nadie debe ser juez en causa propia", son concebidos como exigencias de justicia, y en Inglaterra y en Estados Unidos se alude a ellos, a menudo, llamándolos principios de Justicia Natural. Esto es así porque se trata de garantías de imparcialidad u objetividad, dirigidas a asegurar que el derecho es aplicado a todos aquellos, y sólo a aquellos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo. La conexión entre este aspecto de la justicia y la noción misma de proceder según una regla, es obviamente muy estrecha. En verdad, podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que lo que debe aplicarse en los distintos casos es la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho. Esta conexión estrecha entre la justicia en la administración del derecho y la noción misma de regla ha tentado a algunos pensadores famosos a identificar la justicia con la conformidad con el derecho. Esto es, claramente, un error, a menos que "derecho" reciba algún significado especialmente amplio; porque tal versión de la justicia deja sin explicar el hecho de que la crítica en nombre de la justicia no se limita a la administración del derecho en los casos particulares, sino que las leyes mismas son a menudo criticadas como justas o injustas. En realidad nada hay de absurdo en admitir que una ley injusta, que prohibe el acceso de la gente de color a los parques, ha sido administrada con justicia, en el sentido de que únicamente han sido condenadas las personas genuinamente culpables de transgredir la ley, tras un proceso *"fair"*.

Cuando pasamos de la justicia o injusticia de la administración del derecho a la crítica del propio derecho en esos términos, es obvio que el derecho no puede por sí mismo determinar ahora qué semejanzas y diferencias entre los individuos tienen que ser

admitidas para que sus reglas traten los casos semejantes de la misma manera, y sean así justas. Aquí, por lo tanto, hay mucho lugar para la duda y la disputa. Diferencias fundamentales de enfoque general, en el plano moral y en el político, pueden conducir a diferencias y desacuerdos irreconciliables sobre qué características de los seres humanos deben tomarse como relevantes para criticar el derecho como injusto. Así, cuando en el ejemplo previo calificamos de injusta una ley que prohibe a la gente de color el acceso a los parques, lo hicimos sobre la base de que, por lo menos en la distribución de tales ventajas o facilidades, las diferencias de color son irrelevantes. Por cierto que en el mundo moderno, el hecho de que los seres humanos, cualquiera sea su color, pueden pensar, experimentar sentimientos y guiar su conducta, es considerado generalmente, aunque no en forma universal, como algo que crea semejanzas cruciales entre ellos, que el derecho debe tomar en cuenta. Por ello es que en la mayoría de los países civilizados hay concordancia amplia de que tanto el derecho criminal (concebido no sólo como límite a la libertad sino también como protección frente a diversos tipos de lesiones), y el derecho civil (concebido como fuente de compensación por el daño sufrido), serían injustos si para distribuir estas cargas y beneficios discriminaran entre las personas en base a características tales como el color o la creencia religiosa. Y si en lugar de basarse en éstos bien conocidos focos de prejuicio humano, el derecho discriminase sobre la base de cosas tan obviamente irrelevantes como la altura, el peso o la belleza, sería a la vez injusto y absurdo. Si los homicidas miembros de la iglesia oficial fueran eximidos de la pena de muerte, si sólo los miembros de la nobleza pudieran querellar por injurias, si las agresiones a las personas de color fueran castigadas con penas menos severas que las agresiones a los blancos, en la mayor parte de las comunidades modernas las normas jurídicas serían condenadas como injustas, sobre la base de que *prima facie* los seres humanos deben ser tratados con igualdad y que esos privilegios e inmunidades no reposan en fundamentos relevantes.

En realidad, tan profundamente arraigado está en el hom-

bre moderno el principio de que *prima facie* los seres humanos tienen derecho a ser tratados con igualdad, que es casi universal que cuando las normas jurídicas discriminan en base a factores tales como el color y la raza, al menos se sigue rindiendo aún amplio tributo verbal a aquel principio. Si tales discriminaciones son atacadas, se las suele defender afirmando que la clase discriminada no tiene, o no ha desarrollado todavía, ciertos atributos humanos esenciales; o se sostiene que, aunque resulta lamentable, hay que desatender las exigencias de justicia que reclaman un tratamiento igualitario para preservar algo que se considera de mayor valor, y que peligraría si no se hicieran tales discriminaciones. Sin embargo, aunque rendir tributo verbal al principio de igualdad está hoy generalizado, es ciertamente posible concebir una moral que no apelara a estos recursos, a menudo no sinceros, para justificar la discriminación y las desigualdades, sino que abiertamente rechazara el principio de que *prima facie* los seres humanos deben ser tratados de la misma manera. En lugar de ello, los seres humanos podrían ser concebidos como pertenecientes en forma natural e inalterable a ciertas clases, de modo que algunos fuesen naturalmente aptos para ser libres y otros para ser esclavos o, como decía Aristóteles, instrumentos vivientes de los demás. Aquí faltaría la idea de la igualdad *prima facie* de los seres humanos. Algo de este modo de ver se halla en Aristóteles y en Platón, aunque, aun allí, hay más de una alusión a que cualquier defensa integral de la esclavitud implicaría demostrar que los sometidos a ella carecen de capacidad para la existencia independiente, o se diferencian de los hombres libres en cuanto a su capacidad para realizar algún ideal de vida plena.

Resulta claro, en consecuencia, que los criterios de semejanzas y diferencias relevantes pueden variar a menudo en función del enfoque moral fundamental de una determinada persona o sociedad. Cuando ello ocurre, las estimaciones sobre la justicia o injusticia del derecho pueden enfrentar contra-afirmaciones inspiradas por una moral diferente. Pero a veces una consideración del fin que reconocidamente la norma jurídica en cuestión persigue, puede aclarar las semejanzas y diferencias que una nor-

ma justa debería admitir, y puede ocurrir entonces que respecto de ellas no quepan prácticamente controversias. Si una norma jurídica acuerda ayuda a los pobres, la exigencia del principio de que "los casos semejantes deben tratarse de la misma manera", ciertamente importará tomar en cuenta las *necesidades* de los diversos postulantes. Un similar criterio de necesidad está implícitamente reconocido cuando la carga tributaria se adecúa, mediante un impuesto progresivo a las rentas, a la situación económica de los contribuyentes. A veces lo relevante son las *aptitudes* de las personas para una función específica, a la que puede referirse la ley en cuestión. Las normas que no acuerdan derechos electorales a los menores o a los insanos, o que no les reconocen la facultad de otorgar testamentos o celebrar contratos, son consideradas justas, porque esas personas carecen de la aptitud, que se presume que poseen los adultos cuerdos, de emplear racionalmente esas posibilidades de acción. Tales discriminaciones están basadas en fundamentos que son obviamente relevantes, mientras que las discriminaciones, en estas materias, entre personas de diferente sexo o color no lo están; aunque, por supuesto, se ha argumentado en defensa del sometimiento de las mujeres, o de los negros, que unas y otros carecen de la aptitud del hombre blanco para el pensamiento y la decisión racional. Argumentar de esta manera es, por supuesto, admitir que la igualdad de aptitud para una función particular es el criterio de justicia en el caso de una ley como la que nos ocupa, aunque en ausencia de toda prueba de que las mujeres o los negros carecen de esa aptitud, la adherencia al principio importa, únicamente, rendirle un tributo verbal.

Hasta ahora hemos considerado la justicia o injusticia de normas jurídicas que pueden ser vistas como que *distribuyen* cargas y beneficios entre los individuos. Algunos de los beneficios son tangibles, como la ayuda a los pobres, o las raciones de alimentos. Otros son intangibles, como la protección frente al daño corporal acordada por el derecho criminal, o las ventajas o facilidades que otorgan las leyes que regulan la capacidad para testar, contratar, o votar. No debemos confundir la distribución,

en este sentido amplio, con la *compensación* por los daños causados por una persona a otra. Aquí la conexión entre lo que es justo y el precepto central de justicia, "tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera", es por cierto menos directa. Sin embargo, no es demasiado indirecta: puede ser exhibida del siguiente modo. Las normas jurídicas que establecen que una persona debe compensar o indemnizar a otra por actos ilícitos civiles, pueden ser consideradas injustas por dos razones diferentes. Por una parte pueden establecer privilegios o inmunidades "no equitativos". Así ocurriría si sólo los miembros de la nobleza pudieran querellar por injurias, o si ningún blanco fuera responsable por una agresión a un negro. Tales normas jurídicas violarían, de manera directa, los principios de distribución "equitativa" de los derechos y deberes de compensación. Pero dichas normas podrían también ser injustas de una manera completamente diferente; porque aun sin hacer discriminaciones arbitrarias podrían no acordar, en forma absoluta, un remedio para ciertos tipos de daños causados por una persona a otra, aun cuando se entendiera que moralmente la compensación es debida. En este aspecto el derecho podría ser injusto aunque tratara a todos por igual.

El defecto de tales normas jurídicas no sería, pues, hacer una mala distribución, sino negar a todos por igual la compensación de daños que la moral prohibe causar a otros. El caso más grueso de tal injusta negativa de compensación sería el de un sistema en que nadie pudiera obtener indemnización por daño físico causado irresponsablemente. Vale la pena observar que *esta* injusticia subsistiría aun cuando el derecho penal impusiera un castigo por tales ataques. Es difícil hallar ejemplos de algo tan tosco, pero la circunstancia de que el derecho inglés no acuerde indemnización por las invasiones a la intimidad (*privacy*), circunstancia que suelen hallar ventajosa quienes se dedican a actividades publicitarias, ha sido criticada a menudo de esta manera. No acordar compensación en los casos en que moralmente se la considera debida también es, empero, el cargo de injusticia que se formula contra ciertos aspectos técnicos de la regulación de los

actos ilícitos civiles o de los contratos, que permiten el "enriquecimiento injusto" a expensas de otro mediante una acción considerada moralmente incorrecta.

La conexión entre la justicia e injusticia de la indemnización por daños, y el principio "tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera", consiste en el hecho de que, al margen de lo que las normas jurídicas prescriben, existe la convicción moral de que las personas sometidas al orden jurídico tienen derecho a que los demás se abstengan de ciertos tipos de conducta dañosa. Tal estructura de derechos y obligaciones recíprocos, que proscribe por lo menos las formas más groseras de daño, constituye la base de la moral de todo grupo social. Su efecto es crear entre los individuos una igualdad moral, en cierto sentido artificial, para contrarrestar las desigualdades de la naturaleza. Porque cuando el código moral prohibe a un hombre robar o recurrir a la violencia en perjuicio de otro, aun cuando su mayor fuerza o astucia podrían permitirle hacerlo con impunidad, el fuerte y el astuto quedan colocados en el mismo nivel que el débil y el torpe. Sus situaciones quedan moralmente igualadas. Por ello se considera que el hombre fuerte que no observa la moral y se aprovecha de su fuerza para dañar a otro, ha roto ese equilibrio u orden de igualdad establecido por las reglas morales; la justicia requiere entonces que este *status quo* moral sea restablecido de inmediato por el transgresor. En los casos simples de robo esto importa simplemente devolver la cosa sustraída; la compensación de otros daños es una extensión de esta noción primitiva. Se piensa que quien ha dañado físicamente a otro, en forma intencional o por negligencia, ha quitado algo a su víctima; y aunque literalmente no ha hecho eso, la imagen no es del todo descaminada: porque él ha sacado provecho a expensas de su víctima, aunque más no sea satisfaciendo su deseo de dañarlo, o no sacrificando su comodidad al deber de tomar precauciones adecuadas. De modo que cuando las normas jurídicas acuerdan compensación en los casos en que la justicia la reclama, ellas reconocen indirectamente el principio de "tratar los casos semejantes de la misma manera" al disponer que se restablez-

ca el *status quo* moral en el que la víctima y el transgresor se encuentran en un pie de igualdad. Es concebible, por otra parte, que pueda haber un enfoque moral que no coloque a los individuos en un pie de igualdad recíproca en estas cuestiones. El código moral podría prohibir a los bárbaros atacar a los griegos, pero permitir que los griegos atacasen a los bárbaros. En tales casos se podría pensar que un bárbaro está moralmente obligado a indemnizar a un griego por los daños inferidos, pero que no tiene derecho a tal compensación. El orden moral sería aquí un orden de desigualdad, en el que la víctima y el transgresor serían tratados en forma diferente. Dentro de tal enfoque, por repulsivo que pueda resultar para nosotros, el derecho sólo sería justo si reflejara estas diferencias y tratara en forma diversa los casos diferentes.

En este breve esquema de la noción de justicia, hemos considerado únicamente algunas de sus aplicaciones más simples para mostrar las específicas virtudes atribuidas a las normas jurídicas que son estimadas justas. No sólo esto es distinto de otros valores que las normas jurídicas pueden tener o no tener, sino que a veces las exigencias de justicia pueden entrar en conflicto con otros valores. Esto puede ocurrir cuando un tribunal, al condenar a un determinado transgresor por un delito que se ha difundido, dicta una sentencia más severa que las dictadas en otros casos similares, y admite que lo hace "como una advertencia". El principio que prescribe "tratar los casos semejantes de la misma manera" se sacrifica aquí en aras de la seguridad general o del bienestar de la sociedad. En los casos civiles, un conflicto similar entre la justicia y el bien general se resuelve a favor del último, cuando el derecho no acuerda remedios para alguna transgresión moral porque imponer una indemnización en tales casos podría importar grandes dificultades de prueba, o sobrecargar la labor de los tribunales, o interferir indebidamente con el esfuerzo privado. Hay un límite para la cantidad de imposiciones jurídicas que una sociedad puede soportar, aun cuando todas tiendan a remediar transgresiones morales. A la inversa, el derecho puede, en nombre del bienestar general de la sociedad, imponer una com-

pensación a quien ha dañado a otro, aun cuando moralmente, como cuestión de justicia, podría pensarse que esa compensación no es debida. Se suele decir que tal es lo que ocurre cuando la responsabilidad civil extracontractual es objetiva, es decir, independiente de que haya habido intención de dañar o de que se hayan omitido las precauciones debidas. A veces se defiende esta forma de responsabilidad diciendo que la "sociedad" tiene interés en que sean compensados quienes sufren daños accidentales; y se sostiene que la forma más sencilla de conseguirlo es colocar la carga sobre aquellos cuyas actividades, por cuidadosamente controladas que estén, producen tales accidentes. Ellos tienen, por lo general, amplios recursos y oportunidades de asegurarse contra esos riesgos. Cuando se hace esta defensa, en ella va implícita una apelación al bienestar general de la sociedad que, aunque puede ser moralmente aceptable e incluso ser calificada de "justicia social", difiere de las formas primarias de justicia que se ocupan simplemente de restablecer, en la medida de lo posible, el *status quo* entre dos individuos.

Debe señalarse un importante punto de enlace entre las ideas de justicia y bienestar social. Muy pocos cambios sociales o normas jurídicas son satisfactorios para todos los individuos por igual o promueven el bienestar de todos por igual. Sólo las normas que proveen a las necesidades más elementales (protección policial, construcción de caminos, etc.), se aproximan a ello. En la mayor parte de los casos el derecho acuerda beneficios a una clase de la población a expensas de privar a otras de lo que prefieren. La ayuda a los menesterosos sólo puede hacerse con los bienes de otros; la enseñanza primaria obligatoria no sólo puede significar pérdida de libertad para quienes desean educar privadamente a sus hijos, sino que es posible que únicamente pueda ser costeada reduciendo o sacrificando inversiones de capital en la industria o en las pensiones para la vejez, o en los servicios médicos gratuitos. Cuando se hace una elección entre tales alternativas en conflicto ella puede ser defendida diciendo que está guiada por el "bien público" o el "bien común". No resulta claro qué significan estas frases, puesto que parece no haber una escala

para medir las contribuciones de las diversas alternativas al bien común e identificar la más importante. Resulta claro, empero, que una elección efectuada sin considerar previamente los intereses de todos los sectores de la comunidad sería criticable por parcial e injusta. Escaparía, sin embargo, a *esta* imputación si las pretensiones de todos fueran imparcialmente consideradas antes de dictar las normas, aun cuando en el resultado los reclamos de un sector quedaran subordinados a los de otros.

Algunos podrían en verdad argüir que todo cuanto puede significar realmente la pretensión de que al elegir entre las pretensiones en conflicto de diferentes clases o intereses se tuvo exclusivamente en mira "el bien común", es que todos los reclamos fueron imparcialmente examinados antes de la decisión. Sea esto verdad o no, parece claro que la justicia en este sentido es, por lo menos, una condición necesaria que debe satisfacer toda elección legislativa que diga estar guiada por el bien común. Tenemos aquí un nuevo aspecto de la justicia distributiva, que difiere de las formas simples que hemos examinado. Porque aquí lo "distribuido" con justicia no es cierto beneficio específico entre una clase de postulantes al mismo, sino la consideración imparcial de pretensiones en conflicto respecto de beneficios diferentes.

2. OBLIGACION MORAL Y JURIDICA

La justicia constituye un segmento de la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual sino a las formas cómo son tratados *clases* de individuos. Es esto lo que da a la justicia su especial relevancia para la crítica del derecho y de otras instituciones públicas o sociales. Es la más pública y la más jurídica de las virtudes. Pero los principios de justicia no agotan la idea de moral; y no toda la crítica del derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la justicia. Las normas jurídicas pueden ser condenadas como moralmente malas simplemente porque exigen de los hombres acciones particulares que la moral prohibe, o porque les exigen abstenerse de acciones que son moralmente obligatorias.

Por lo tanto, es necesario caracterizar, en términos generales, aquellos principios, reglas, y criterios, relativos al comportamiento individual, que pertenecen a la moral y que hacen que una conducta sea moralmente obligatoria. Aquí aparecen dos dificultades relacionadas entre sí. La primera es que la palabra "moral" y todas las otras asociadas a ella o casi sinónimas de ella, como "ética", tienen su considerable área de vaguedad o "textura abierta". Hay ciertas formas de principios o reglas que algunos calificarían de morales y que otros no. En segundo lugar, aun cuando haya acuerdo sobre este punto y se acepte que ciertas reglas o principios pertenecen indubitablemente a la moral, puede subsistir un gran desacuerdo filosófico en cuanto a su *status* o a su relación con el resto del conocimiento y experiencia humanos. ¿Son principios inmutables, que constituyen parte de la trama del Universo, que no son elaborados por el hombre, sino que están allí para ser descubiertos por su intelecto? ¿O son expresiones de cambiantes actitudes, elecciones, exigencias o sentimientos humanos? Estas son formulaciones toscas de dos posiciones extremas en la filosofía moral. Entre ellas se encuentran muchas variantes complicadas y sutiles, que los filosófos han desarrollado en su esfuerzo por elucidar la naturaleza de la moral.

En lo que sigue trataremos de eludir esas dificultades filosóficas. Más adelante[2], bajo los rótulos "Importancia", "Inmunidad al cambio deliberado", "Carácter voluntario de las transgresiones morales", y "Formas de presión moral", identificaremos cuatro características cardinales que constantemente aparecen juntas en los principios, reglas, y pautas o criterios de conducta que más comúnmente son considerados "morales". Estas cuatro características reflejan diferentes aspectos de una típica e importante función que tales pautas cumplen en la vida social o en la vida de los individuos. Esto solo bastaría para justificar que agrupemos todo cuanto presente esas cuatro características para considerarlo en forma separada, y sobre todo, para contrastarlo y compararlo con el derecho. Además, al sostener que la moral tie-

[2] *Infra*, pág. 215.

ne esas cuatro características no tomamos partido entre las teorías filosóficas rivales sobre su *status* o carácter "fundamental". Ciertamente la mayor parte de los filósofos, si no todos, estarán de acuerdo en que esas cuatro características son notas necesarias de toda regla o principio moral, aunque explicarán o interpretarán en formas muy diferentes el hecho de que la moral las posee. Puede en verdad objetarse que estas características, aunque *necesarias*, sólo son necesarias y no son suficientes para distinguir a la moral de ciertas reglas o principios de conducta que quedarían excluidos de ella si se aplicara un criterio más estricto. Nos referiremos a los hechos en que se basan tales objeciones, pero adheriremos al sentido más amplio de "moral". Nuestra justificación para ello radica en que ese sentido amplio está de acuerdo con buena parte del uso y que lo que en dicho sentido la palabra designa desempeña una importante y distinguible función en la vida social e individual.

Consideraremos primero el fenómeno social aludido a menudo somo "*la* moral" de una sociedad dada, o la moral "aceptada" o "convencional" de un grupo social concreto. Estas frases aluden a pautas o criterios de conducta que son ampliamente compartidos en una particular sociedad, y que deben ser contrapuestos a los principios o ideas morales que pueden regir la vida de un individuo, pero que éste no comparte con ningún número considerable de aquellos con quienes convive. El elemento básico de la moral compartida o aceptada de un grupo social, consiste en reglas del tipo que hemos ya descripto en el capítulo V, cuando nos ocupamos de elucidar la idea general de obligación, y que llamamos allí reglas primarias de obligación. Estas reglas se distinguen de otras, tanto por la seria presión social que las sustenta, como por el considerable sacrificio de interés o inclinación individual que su cumplimiento trae aparejado. En el mismo capítulo trazamos también el cuadro de una sociedad en una etapa en que tales reglas son el único medio de control social. Vimos que a esa altura podría ser que no hubiera nada que correspondiese a la clara distinción que, en sociedades más desarrolladas , se hace entre reglas jurídicas y morales. Posiblemente podría encontrar-

se alguna forma embrionaria de esta distinción si hubiera algunas reglas mantenidas primariamente mediante amenazas de castigo para el caso de desobediencia, y otras mediante la apelación a un presunto respeto a las reglas o a sentimientos de culpa o de remordimiento. Cuándo se supera esta etapa primitiva, y se da el paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico, de modo que los medios de control social comprenden ahora un sistema que contiene reglas de reconocimiento, de adjudicación y de cambio, la distinción entre las reglas jurídicas y las otras se convierte en algo definido. Las reglas primarias de obligación identificadas por medio del sistema oficial se distinguen ahora de las otras reglas, que continúan existiendo al lado de aquéllas. En la realidad, en todas las comunidades que alcanzan esa etapa, hay muchos tipos de reglas y pautas sociales que están fuera del sistema jurídico; solamente algunas de ellas son usualmente consideradas y llamadas morales, aunque ciertos teóricos del derecho han usado la palabra "moral" para designar a todas las reglas no jurídicas.

Tales reglas no jurídicas pueden ser distinguidas y clasificadas de muchas maneras diferentes. Algunas tienen un ámbito muy limitado pues se refieren únicamente a una esfera particular de conducta (por ejemplo, el vestir), o a actividades para las cuales sólo hay oportunidades discontinuas, creadas deliberadamente (ceremonias y juegos). Algunas reglas son concebidas como que se aplican al grupo social en general; otras a subgrupos especiales dentro de él, separados por ciertas características como clase social distinta, o por su propia decisión de unirse o asociarse para propósitos limitados. Algunas reglas son consideradas obligatorias por virtud del consentimiento mutuo y pueden permitir el retiro voluntario; otras son concebidas como que no se originan en el consentimiento mutuo ni en ninguna otra forma de elección deliberada. Algunas reglas, cuando son transgredidas, pueden dar lugar a una simple afirmación o advertencia de lo que es "correcto" hacer, (por ejemplo: las reglas de etiqueta, o las del habla correcta); otras, a un serio reproche, o al desprecio, o a una exclusión del grupo más o menos prolongada. Aunque no se puede construir ninguna escala precisa, la concepción de

la importancia relativa atribuida a estos diferentes tipos de reglas, se refleja tanto en la medida de sacrificio del interés privado que ellas exigen, como en el peso de la presión social en procura de la conducta regular.

En todas las sociedades que han desarrollado un sistema jurídico hay, entre sus reglas no jurídicas, algunas a las que se atribuye importancia suprema, y que a pesar de diferencias cruciales, tienen muchas semejanzas con sus normas de derecho. Con mucha frecuencia el vocabulario de "derechos", "obligaciones", y "deberes" usado para expresar las exigencias de las reglas jurídicas se emplea con el agregado del adjetivo "moral" para designar los actos u omisiones exigidos por aquellas otras reglas. En todas las comunidades hay una parcial superposición de contenido entre la obligación jurídica y la obligación moral, si bien las exigencias de las reglas jurídicas son más específicas y están circundadas por excepciones más detalladas que las exigencias de las correspondientes reglas morales. Característicamente la obligación y el deber moral, como muchas reglas jurídicas, se refieren a lo que ha de hacerse o no hacerse en circunstancias que se repiten constantemente en la vida del grupo, y no a actividades raras o intermitentes que tienen lugar en ocasiones deliberadamente elegidas. Lo que tales reglas exigen son omisiones o acciones simples, en el sentido de que no hace falta ninguna habilidad o inteligencia especial para cumplir con ellas. El cumplimiento de las obligaciones morales, como el de la mayor parte de las obligaciones jurídicas, está dentro de lo que puede hacer cualquier adulto normal. La observancia de estas reglas morales, como la de las reglas jurídicas, es considerada cosa corriente, de modo que mientras que la transgresión provoca una censura seria, el cumplimiento de la obligación moral, como la obediencia al derecho, no motiva elogios, salvo en aquellos casos en que aparece caracterizado por una escrupulosidad excepcional, por una fortaleza fuera de lo común, o por una excepcional resistencia a una tentación especial. Pueden hacerse diversas clasificaciones de las obligaciones y deberes morales. Algunos corresponden a papeles o funciones relativamente distinguibles, de carácter duradero, que no todos

los miembros de la sociedad cumplen. Tales son los deberes que respecto de su familia tiene un padre o un esposo. Por otra parte, hay obligaciones generales que —se piensa— tienen todos los adultos normales a lo largo de la vida (por ejemplo, la de abstenerse de la violencia), y obligaciones especiales que cualquiera de tales miembros puede asumir al entrar en relaciones especiales con otros (por ejemplo, la de cumplir las promesas hechas, o la de retribuir los servicios recibidos).

Las obligaciones y deberes reconocidos en las reglas morales de este tipo más fundamental pueden variar de sociedad en sociedad o, dentro de una misma sociedad, en épocas diferentes. Algunos de ellos pueden reflejar creencias totalmente erróneas, o aun supersticiones, sobre qué es lo que la salud o la seguridad del grupo exige; en una sociedad la mujer puede tener el deber de arrojarse a la pira funeraria de su marido, y en otra el suicidio puede ser una transgresión a la moral común. Hay una diversidad entre los códigos morales que puede resultar de las necesidades peculiares, pero reales, de una sociedad dada, o de la superstición y de la ignorancia. Sin embargo la moral social de las sociedades que han alcanzado la etapa en que ella puede ser distinguida de su derecho, incluye siempre ciertas obligaciones y deberes que exigen un sacrificio de la inclinación o interés particular que es esencial para que sobreviva cualquier sociedad, en la medida en que los hombres y el mundo que nos rodea conserven algunas de sus características más familiares y evidentes. Entre tales reglas obviamente exigidas por la vida social se encuentran aquellas que prohiben, o al menos restringen, el libre uso de la violencia; las que exigen ciertas formas de honestidad y veracidad en el trato con los demás, y las que prohiben la destrucción de cosas tangibles o su apoderamiento en perjuicio de otros. Si la observancia de estas reglas elementalísimas no fuera concebida como cosa corriente en cualquier grupo de individuos que viven en proximidad vecina los unos con los otros, vacilaríamos en describir a ese grupo como una sociedad, y tendríamos la certeza de que no podría durar mucho tiempo.

Las reglas morales y jurídicas de obligación y deber tienen,

pues, ciertas notables semejanzas que bastan para mostrar que su vocabulario común no es accidental. Tales semejanzas pueden ser resumidas como sigue. Unas y otras reglas son concebidas como obligatorias con independencia del consentimiento del individuo obligado y están sustentadas por una seria presión social en procura de la conducta regular; el cumplimiento de las obligaciones morales y el de las obligaciones jurídicas no es considerado digno de encomio, sino una contribución mínima a la vida social, que ha de tomarse como cosa corriente. Además, tanto el derecho como la moral incluyen reglas que rigen la conducta de los individuos en situaciones que se repiten constantemente a lo largo de la vida, y no en ocasiones o actividades especiales, y aunque ambos pueden incluir mucho de lo que es peculiar a las necesidades reales o imaginadas de una particular sociedad, tanto el derecho como la moral formulan exigencias que, obviamente, tienen que ser satisfechas por cualquier grupo de seres humanos para poder convivir. Por ello es que en ambos hallaremos algún tipo de prohibición de la violencia a las personas o a la propiedad, y algunas exigencias de honestidad y veracidad. Sin embargo, a pesar de estas semejanzas, a muchos les ha parecido evidente que hay ciertas características que el derecho y la moral no comparten, aunque en la historia de la teoría jurídica se ha comprobado que ellas son muy difíciles de formular.

El intento más famoso de expresar de manera sumaria la diferencia esencial es la teoría que afirma que mientras las reglas jurídicas sólo prescriben conducta "externa", y no atienden a los motivos, intenciones u otros elementos "internos" del obrar, la moral, por su parte, no prescribe acciones externas específicas, sino sólo una buena voluntad o una intención correcta. Esto equivale realmente a la sorprendente afirmación de que las reglas jurídicas y las reglas morales, propiamente entendidas, nunca podrían tener el mismo contenido; y aunque esta teoría encierra un atisbo de la verdad, tal como se la formula es profundamente equívoca. Se trata, en efecto, de una inferencia, si bien de una inferencia errónea, hecha a partir de ciertas importantes características de la moral, y particularmente de ciertas diferencias entre

el reproche moral y el castigo jurídico. Si alguien hace algo prohibido por las reglas morales, u omite hacer lo que ellas prescriben, el hecho de que haya obrado sin intención de transgredir y poniendo el mayor cuidado, es una excusa frente al reproche *moral;* mientras que un sistema jurídico puede incluir reglas de "responsabilidad objetiva", según las cuales quienes han transgredido las reglas sin intención de hacerlo y sin "culpa"pueden ser castigados. Así, mientras que la noción de "responsabilidad objetiva" en la moral es lo más parecido a una contradicción en los términos que puede hallarse en esta esfera, es una noción que simplemente puede ser criticable cuando aparece en un sistema jurídico. Pero esto no significa que la moral exige únicamente buenas intenciones, buena voluntad o buenos motivos. En verdad, como veremos más tarde, argüir así es confundir la idea de una *excusa* con la de una *justificación* de la conducta.

Sin embargo, hay algo de importancia caricaturizado en este argumento confuso; la idea vaga de que la diferencia entre el derecho y la moral se conecta con un contraste entre el carácter "interno" de la una y el carácter "externo" del otro, es un tema demasiado recurrente en la especulación sobre el derecho y la moral para carecer de todo fundamento. En lugar de dejarlo a un lado, lo consideraremos como una abreviatura de cuatro características cardinales relacionadas entre sí, que en forma colectiva sirven para distinguir a la moral no sólo de las reglas jurídicas sino de otras formas de reglas sociales.

(i) *Importancia.* Decir que una característica esencial de *toda* regla o pauta moral es que se la considera como algo cuya observancia es muy importante, puede parecer a la vez perogrullesco y vago. Sin embargo esta característica no puede ser omitida en ninguna descripción fiel de la moral de un grupo social o de un individuo, ni puede ser formulada con más precisión. Se manifiesta de muchas maneras: primero, en el hecho simple de que las pautas o criterios morales son observados en contra del impulso de las fuertes pasiones que ellos limitan, y al costo de sacrificar considerable interés personal; en segundo lugar, en las serias formas de presión social ejercida no sólo para obtener con-

formidad en los casos individuales, sino para asegurar que las pautas o criterios morales sean enseñados o trasmitidos como cosa corriente a todos los miembros de la sociedad; en tercer lugar, en el reconocimiento general de que si las pautas o criterios morales no fueran generalmente aceptados, ocurrirían cambios considerables, y poco gratos, en la vida de los individuos. En contraste con la moral, las reglas de la compostura, de las buenas maneras, de la vestimenta, y a veces, aunque no siempre, las reglas de derecho, ocupan un lugar relativamente bajo en la escala de importancia. Ellas pueden ser tediosas, pero no exigen gran sacrificio; no se ejerce una gran presión para obtener conformidad, y no sobrevendrían grandes alteraciones en otras áreas de la vida social si no se las observara o si se las cambiase. Mucha de la importancia atribuida al acatamiento de las reglas morales puede ser explicada muy simplemente de acuerdo con líneas gratamente racionalistas; porque si bien ellas exigen el sacrificio de intereses privados, su observancia asegura intereses vitales en los que todos participan por igual. Los asegura protegiendo directamente a las personas frente al daño evidente, o bien preservando la estructura de una sociedad ordenada y tolerable. Pero si bien la racionalidad de buena parte de la moral social en cuanto protección frente a daños evidentes puede ser defendida de esa manera, este enfoque utilitario simple no siempre es posible, ni cuando lo es, debe ser tomado como representativo del punto de vista de quienes viven con arreglo a cierta moral. Después de todo, una parte destacadísima de la moral de cualquier sociedad consiste en reglas sobre el comportamiento sexual, y dista de ser claro que la importancia atribuida a ellas esté conectada con la creencia de que la conducta que prohiben perjudica a otros; tampoco podría demostrarse que realmente tales reglas tienen siempre esta justificación. Aun en una sociedad moderna que ya no considera que su moral es algo establecido por la divinidad, el cálculo del perjuicio a otros no explica la importancia atribuida a la regulación moral del comportamiento sexual, como, v. gr., el común veto a la homosexualidad. Las funciones y los sentimientos sexuales son asuntos de tanta entidad e interés emocional para todos,

que las desviaciones de las formas aceptadas o normales de expresión resultan fácilmente investidas de un intrínseco "pudor" o importancia. Se las desprecia no por la convicción de que son socialmente nocivas, sino simplemente como "contrarias a la naturaleza" o repugnantes en sí. Sin embargo, sería absurdo negar el título de moral a vetos sociales enfáticos de este tipo; en verdad, la moral sexual es quizá el aspecto más destacado de lo que el hombre común piensa que es la moral. Por supuesto que el hecho de que la sociedad pueda ver a su propia moral de esta manera "no utilitarista", no significa que sus reglas son inmunes a la crítica o a la reprobación, cuando se considera que su acatamiento es inútil o demasiado costoso en moneda de sufrimiento.

Las reglas jurídicas, como hemos visto, pueden concordar con las reglas morales en el sentido de exigir o prohibir la misma conducta. Las que así lo hacen son consideradas, sin duda, tan importantes como las correspondientes reglas morales. La importancia, sin embargo, no es esencial al *status* de todas las reglas jurídicas como lo es al *status* de las reglas morales. Es posible que una regla jurídica sea generalmente concebida como algo cuya preservación carece de toda importancia; en verdad puede haber consenso general de que debiera ser derogada. Sin embargo, continúa siendo una regla jurídica mientras no se la derogue. Por otra parte, sería absurdo pensar que una regla forma parte de la moral de una sociedad aun cuando nadie la considerara ya importante o digna de ser conservada. Las viejas costumbres y las tradiciones que hoy se conservan nada más que por amor al pasado pueden haber tenido alguna vez *status* de reglas morales, pero ese *status* se ha esfumado junto con la importancia atribuida a su observancia y transgresión.

(ii) *Inmunidad al cambio deliberado.* Es característico de un sistema jurídico el hecho de que pueden introducirse en él nuevas reglas, y modificarse o derogarse reglas anteriores, mediante sanción deliberada, aun cuando algunas normas puedan ser colocadas a cubierto de cambios por una constitución escrita que limite la competencia de la legislatura suprema. Por contraste, las reglas o principios morales *no pueden* ser implantados, modifica-

dos o eliminados de esa manera. Sostener que esto "no puede" ser, no es, sin embargo, negar que algún concebible estado de cosas sea realmente el caso, como lo sería la aserción de que los seres humanos "no pueden" alterar el clima. En lugar de ello, nuestra aserción apunta a los siguientes hechos. Es perfectamente sensato decir cosas tales como: "A partir del 1º de enero de 1960 será un delito del derecho penal hacer esto o aquello", o "A partir del 1º de enero de 1960 ya no será ilícito hacer esto o aquello", y sustentar tales enunciados haciendo referencia a normas que han sido aprobadas o derogadas. Por contraste, enunciados tales como: "Desde mañana ya no será inmoral hacer esto o aquello", o "El 1º de enero último comenzó a ser inmoral hacer esto o aquello", y los intentos de apoyar estos enunciados mediante referencia a sanciones deliberadas, serían sorprendentes paradojas, si no cosas sin sentido. Porque es incompatible con el papel desempeñado por la moral en la vida de los individuos, que las reglas, principios o pautas morales sean considerados, como lo son las normas jurídicas, cosas susceptibles de creación o cambio mediante acto deliberado. Las pautas o criterios de conducta no pueden recibir *status* moral, ni verse privados de él, por un *fiat* humano, mientras que el uso cotidiano de conceptos tales como los de sanción y derogación de normas jurídicas muestra que no ocurre lo mismo en el campo del derecho.

Buena parte de la ética está dedicada a explicar esta característica de la moral, y a elucidar la idea de que esta última es algo que "está allí" para ser reconocido, no algo creado por deliberada elección humana. Pero el hecho mismo, como cosa distinta de su explicación, no es una peculiaridad de las reglas morales. Tal es la razón por la cual esta característica de la moral, aunque sobremanera importante, no puede servir por sí para distinguir la moral de todas las otras formas de normas sociales. Porque en este aspecto, aunque no en otros, cualquier tradición es como la moral: una tradición tampoco es susceptible de ser adoptada o rechazada por un *fiat* humano. El efecto cómico de la historia, quizás apócrifa, de aquel *headmaster* de una nueva escuela pública inglesa que anunció que, a partir del comienzo del pró-

ximo período lectivó, sería una tradición de la escuela que los alumnos *senior* usaran cierta vestimenta, depende totalmente de la incompatibilidad lógica entre la noción de tradición y las de elección y sanción deliberada. Las reglas adquieren y pierden el *status* de tradición al crecer, ser practicadas, dejar de ser practicadas y decaer; y las reglas implantadas o eliminadas de manera distinta a este proceso lento e involuntario, no podrían, por lo tanto, adquirir o perder el *status* de tradición.

El hecho de que la moral y la tradición no pueden ser cambiadas directamente, como pueden serlo las normas jurídicas, mediante sanción legislativa, no debe ser confundido con la inmunidad a otras formas de cambio. En verdad, aunque una regla moral o una tradición no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas mediante sanción o elección deliberada, la sanción o la derogación de normas jurídicas bien pueden figurar entre las causas de un cambio o decaimiento de alguna pauta o criterio moral o de alguna tradición. Si una práctica tradicional, tal como las celebraciones de la noche de Guy Fawkes, es prohibida por el derecho y castigada, la práctica puede cesar y la tradición desaparecer. A la inversa, si las normas jurídicas imponen el servicio militar a los miembros de ciertas clases sociales, puede llegar a desarrollarse en ellos una tradición que bien puede sobrevivir al derecho. Del mismo modo, las normas jurídicas pueden establecer niveles de honestidad y humanidad que eventualmente modifican y elevan la moral corriente; a la inversa, la represión jurídica de prácticas concebidas como moralmente obligatorias puede, a la larga, hacer que se pierda el sentido de su importancia y, con ello, su *status* moral; sin embargo, con mucha frecuencia el derecho pierde tales batallas con la moral imperante, y la regla moral continúa en pleno vigor al lado de normas jurídicas que prohiben lo que ella manda.

Estos modos de cambio de la moral y de la tradición, en los que el derecho puede ser un factor causal, tienen que ser distinguidos del cambio o derogación por vía legislativa. Porque aunque la adquisición o pérdida de status *jurídico* por virtud de la sanción de una norma puede en verdad ser llamado el "efecto

jurídico" de esta norma, éste no es un cambio causal contingente como el efecto eventual de la ley sobre la moral y la tradición. Esta diferenca puede ser advertida simplemente en el hecho de que mientras que siempre es posible dudar que la sanción de una norma jurídica válida, de significado claro, conduzca a un cambio en la moral, no se puede tener una duda semejante sobre si la sanción de una norma jurídica válida, de significado claro, ha cambiado el derecho.

La incompatibilidad entre la idea de moral o tradición y la de cambio por sanción deliberada, tiene que ser distinguida también de la inmunidad otorgada a ciertas normas de derecho, en algunos sistemas, mediante cláusulas restrictivas incluidas en la constitución. Tal inmunidad no es un elemento necesario del *status* de una norma jurídica como tal, porque ella puede ser eliminada por enmienda constitucional. A diferencia de dicha inmunidad jurídica al cambio legislativo, la incapacidad de la moral o de la tradición para modos similares de cambio no es algo que varíe de comunidad en comunidad o de época en época. Forma parte del significado de estos términos; la idea de una legislatura moral con competencia para crear y cambiar la moral, tal como mediante la sanción de normas jurídicas se crea y modifica el derecho, es repugnante a toda la noción de moral. Cuando nos ocupemos del derecho internacional veremos que es importante distinguir entre la mera ausencia *de facto* de una legislatura, que puede considerarse un defecto del sistema, y la incompatibilidad fundamental que, como hemos subrayado aquí, está latente en la idea de que las reglas o criterios morales pueden ser creados o derogados por legislación.

(iii) *Carácter voluntario de las transgresiones morales.* La antigua concepción de que la moral se refiere exclusivamente a lo "interno", mientras que el derecho se refiere únicamente a la conducta "externa" es, en parte, una enunciación errónea de las dos características ya examinadas. Pero más a menudo se la trata como una referencia a ciertas características salientes de la responsabilidad moral y de la reprobación moral. Si una persona cuya acción, juzgada *ab extra,* ha transgredido reglas o principios

morales, consigue acreditar que lo hizo en forma no intencional y a pesar de todas las precauciones que pudo tomar, resulta excusada de responsabilidad moral y, en estas circunstancias, reprobar su conducta sería considerado moralmente objetable. La reprobación moral queda, por lo tanto, excluida, porque la persona ha hecho todo lo que podía hacer. En cualquier sistema jurídico desarrollado ocurre lo mismo hasta cierto punto; porque el requisito general de *mens rea* es un elemento de la responsabilidad penal dirigido a asegurar que sean excusados aquellos que actuaron sin negligencia, inconscientemente o en condiciones en que carecieron de capacidad física o mental para ajustar su conducta al derecho. Un sistema jurídico sería moralmente censurable si esto no fuera así, por lo menos en los casos de delitos serios que traen aparejados castigos severos.

Sin embargo, la admisión de tales excusas está condicionada, en todos los sistemas jurídicos, de muchas diferentes maneras. Las dificultades de prueba de los hechos psicológicos, reales o pretendidos, pueden hacer que un sistema jurídico no permita investigar los estados o aptitudes mentales efectivos de los individuos y, en lugar de ello, se valga de "criterios objetivos", según los cuales se considera que la persona acusada posee la capacidad de control, o la habilidad necesaria para tomar precauciones, que posee un hombre normal o "razonable". Algunos sistemas pueden negarse a reconocer incapacidades "volitivas", como cosa distinta de las incapacidades "cognoscitivas". Si lo hacen así, reducen el campo de las excusas a la falta de intención o a deficiencias de conocimiento. Por otra parte, el sistema jurídico puede imponer, para ciertos tipos de transgresiones, una "responsabilidad objetiva" y hacer que la responsabilidad sea completamente independiente de la *mens rea,* excepto quizás en lo relativo a la exigencia mínima de que el acusado posea control muscular normal.

Resulta claro, por lo tanto, que la responsabilidad jurídica no queda necesariamente excluida por la demostración de que el acusado no podía haber observado la norma que transgredió; por el contrario, en el campo de la moral "no pude evitarlo" es siempre una excusa, y la obligación moral sería totalmente dife-

rente de lo que es si el "deber" moral no implicara, en este sentido, un "poder". Es importante, sin embargo, advertir que "no pude evitarlo" es sólo una excusa (aunque una buena excusa), y distinguir entre excusa y justificación; porque, como hemos dicho, la pretensión de que la moral no prescribe conducta externa reposa en una confusión entre estas dos ideas. Si las buenas intenciones fueran una justificación para hacer lo que las reglas morales prohiben, nada habría que lamentar en la acción de un hombre que accidentalmente, y a pesar de haber tomado todas las precauciones, ha matado a otro. Consideraríamos esto del mismo modo que consideramos la muerte de un hombre por otro en legítima defensa. La última está *justificada*, porque matar en tales circunstancias es un tipo de conducta que el sistema no tiene interés en impedir y hasta puede estimular, aunque por supuesto es una excepción a la prohibición general de matar. Cuando alguien es *excusado* porque ha transgredido una norma sin intención, la concepción moral subyacente no es que esta acción es del tipo de aquellas que el derecho permite o incluso acoge favorablemente; lo que ocurre es que cuando investigamos las condiciones mentales del transgresor concreto, nos encontramos con que no tenía la capacidad normal para ajustar su conducta a las exigencias del derecho. Por ello es que este aspecto del "carácter interno" de la moral no significa que ésta no es una forma de control de la conducta externa; sino solamente que es condición necesaria de la responsabilidad moral que el individuo tenga un cierto tipo de control sobre su conducta. Aun en el campo moral hay una diferencia entre "X no hizo nada malo" y "X no pudo evitar hacer lo que hizo".

(iv) *La forma de presión moral.* Otra característica distintintiva de la moral es la forma peculiar de presión que se ejerce en su apoyo. Esta característica está estrechamente relacionada con la anterior y, como ella, ha contribuido poderosamente a la vaga idea de que la moral se refiere a lo "interno". Los hechos que han conducido a esta interpretación de la moral son los siguientes. Si siempre que alguien estuviera por transgredir una determinada regla de conducta *únicamente* se usaran para disua-

dirlo las amenazas de castigo físico o de consecuencias desagradables, sería entonces imposible considerar a tal regla como una parte de la moral de la sociedad, aunque no habría objeción alguna para tratarla como una parte de su derecho. En verdad, bien se puede decir que la forma típica de presión jurídica consiste en tales amenazas. En la moral, por su parte, la forma típica de presión consiste en apelar al respeto hacia las reglas, en cuanto cosas importantes en sí mismas, que se presume compartido por aquellos a quienes se dirige la exhortación. De tal modo la presión moral es ejercida en forma característica, aunque no exclusiva, no mediante amenazas o apelaciones al temor o al interés, sino mediante advertencias de la calificación moral que merece la acción que se tiene a la vista y de las exigencias de las normas morales. "Eso sería una mentira", "Eso sería violar su promesa". En el trasfondo hay, por cierto, elementos morales "internos" que corresponden al temor o al castigo; porque se presupone que las protestas despertarán en sus destinatarios un sentimiento de vergüenza o de culpa: ellos pueden ser "castigados" por su propia conciencia. A veces, por supuesto, tales apelaciones peculiarmente morales van acompañadas de amenazas de castigo físico, o de apelaciones al interés personal ordinario; las desviaciones del código moral encuentran muchas formas diferentes de reacción social hostil, que van desde las expresiones relativamente informales de menosprecio hasta el aislamiento u ostracismo. Pero las advertencias enfáticas de lo que las reglas exigen, las apelaciones a la conciencia, y la confianza en la eficacia de la culpa y el remordimiento, son las formas de presión características, y más salientes, usadas en apoyo de la moral social. Que ésta sea sustentada precisamente en estas formas es una consecuencia simple de la aceptación de las reglas y criterios morales como cosas cuya preservación tiene una obvia y suprema importancia. Las pautas o criterios de conducta que no están apoyados de estas maneras no pueden ocupar en la vida de la sociedad y de los individuos el lugar que distintivamente ocupa la obligación moral.

La obligación y el deber moral son el basamento de la moral social, pero no son el todo. Antes de examinar otras formas consideraremos, sin embargo, una objeción a la manera en que hemos caracterizado la obligación moral. Los cuatro criterios que, en el último apartado, utilizamos para distinguirla de otras formas de pautas o reglas sociales (importancia, inmunidad al cambio deliberado, carácter voluntario de las transgresiones morales, y forma especial de la presión moral) son en cierto sentido criterios *formales*. Ellos no hacen referencia directa a ningún contenido necesario que las reglas o pautas deban tener para ser morales, ni a ningún propósito que deban servir en la vida social. Hemos insistido, en verdad, en que en todos los códigos morales hallaremos ciertas formas de prohibición del uso de la violencia sobre las personas o las cosas, y exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas. Estas cosas, concediendo únicamente ciertas verdades muy obvias respecto de la naturaleza humana y el carácter del mundo físico, pueden en efecto ser consideradas esenciales si es que los seres humanos han de vivir continuamente juntos en proximidad estrecha; por ello, sería extraordinario que las reglas que las prescriben no tuvieran asignado en todas partes la importancia moral y el *status* que hemos descripto. Parece claro que el sacrificio de interés personal que tales reglas exigen es el precio que hay que pagar, en un mundo como el nuestro, para vivir en sociedad, y que la protección que ellas acuerdan es el mínimo que, para seres como nosotros, hace que valga la pena vivir en sociedad. Estos hechos simples constituyen, como sostendremos en el próximo capítulo, un indiscutible núcleo de verdad en las doctrinas del Derecho Natural.

Muchos moralistas desearían introducir en la definición de la moral, como un nuevo criterio, además de los cuatro que hemos ofrecido, esta conexión, que parece tan clara, entre la moral y las necesidades e intereses humanos. Ellos estipularían que para que algo sea reconocido como parte de la moral tiene que poder superar la crítica racional en términos de intereses humanos, y

demostrar, así, que promueve estos intereses (quizá, incluso, de alguna manera equitativa o pareja) en la sociedad de que se trata. Algunos llegarán hasta negarse a reconocer como moral un principio o regla de conducta, a menos que los beneficios de las abstenciones y acciones que prescribe se extiendan, más allá de los límites de una sociedad particular, a todos aquellos que quieran y puedan respetar tal regla. Deliberadamente hemos adoptado, empero, un punto de vista más amplio sobre la moral, de modo que queden incluidas en ella todas las reglas y pautas sociales que en la práctica efectiva de una sociedad exhiben las cuatro características que hemos mencionado. Algunas de esas pautas superarían la crítica a la luz de los nuevos criterios sugeridos; otras no, y serían condenadas por irracionales u obscurantistas o aun por bárbaras. No hemos procedido así simplemente porque el peso del uso de la palabra "moral" favorece este significado más amplio, sino porque adoptar el punto de vista restringido, que excluiría a ciertas pautas, nos obligaría a dividir de una manera muy poco realista elementos de la estructura social que funcionan de idéntica manera en la vida de quienes viven según ellos. Las prohibiciones morales de actos que en realidad pueden no ser nocivos para los demás, no sólo son consideradas con el mismo respeto instintivo que las de actos que lo son; ellas, junto con las exigencias de reglas defendibles sobre bases más racionales, integran apreciaciones sociales de carácter; y, con ellas, forman parte del cuadro generalmente aceptado de la vida que se espera, y presupone, que los individuos vivan.

Sin embargo, es una verdad importante la de que la moral comprende mucho más que las *obligaciones* y *deberes* reconocidos en la práctica efectiva de los grupos sociales. La obligación y el deber son sólo el basamento de la moral, aun de la moral social, y hay formas de moral que van más allá de la aceptada moral común de sociedades particulares. Debemos destacar aquí otros dos aspectos de la moral. Primero, aun dentro de la moral de una sociedad particular, al lado de la estructura de obligaciones y deberes morales y de las reglas relativamente claras que los definen, existen ciertos *ideales* morales. La realización de éstos no es con-

siderada una cosa corriente —a diferencia del cumplimiento de los deberes— sino como un logro digno de alabanza. El héroe y el santo son tipos extremos de aquellos que hacen *más* que su deber. Lo que ellos hacen no es, como la obligación o el deber, algo que pueda serles exigido, y el no hacerlo no es considerado incorrecto o censurable. En un nivel más humilde que el santo y el héroe están aquellos que son reconocidos en una sociedad como dignos de encomio por las virtudes morales que exhiben en la vida diaria, como coraje, caridad, benevolencia, paciencia o castidad. La conexión entre esos ideales y virtudes socialmente reconocidos y las formas primarias de obligación y deber social es bastante clara. Muchas virtudes morales son cualidades que consisten en la capacidad y disposición para llevar adelante, más allá de la extensión limitada que el deber exige, el tipo de preocupación por los intereses ajenos o de sacrificio del interés personal que aquél reclama. La benevolencia y la caridad son ejemplos de esto. Otras virtudes morales como la templanza, la paciencia, el coraje o la escrupulosidad, son en cierto sentido accesorias: son cualidades de carácter que se evidencian en una excepcional devoción al deber o en la persecución de ideales morales sustantivos en circunstancias que importan una especial tentación o peligro.

Estas nuevas extensiones de la moral nos conducen, de maneras diferentes, más allá de los confines de las obligaciones e ideales reconocidos en grupos sociales particulares, hasta los principios e ideales empleados en la crítica moral de la sociedad misma; sin embargo aun subsisten aquí conexiones importantes con la forma primaria de moral social. Es siempre posible que al examinar la moral aceptada de nuestra propia sociedad o de otra hallemos mucho de criticable; puede presentarse, a la luz del conocimiento, como innecesariamente represiva, cruel, supersticiosa u obscurantista. Puede trabar la libertad del hombre, especialmente en la discusión y en la práctica de la religión o en el ensayo de formas diferentes de vida humana, en supuestos en que por esa vía sólo se obtienen para otras personas beneficios apenas per-

ceptibles. Por sobre todo, la moral de una determinada sociedad puede proteger sólo a sus propios miembros, o aun sólo a ciertas clases y dejar a una clase esclava o ilota a merced de los caprichos de sus amos. En este tipo de crítica que, (aun cuando se la rechazara), sería sin duda considerada como una seria crítica "moral", va implicada la presuposición de que las estructuras de la sociedad, incluida su moral aceptada, tienen que satisfacer dos condiciones formales, una de racionalidad y la otra de generalidad. Así, está implícito en tales críticas, en primer lugar, que las estructuras sociales no deben descansar en creencias cuyo error puede demostrarse y, en segundo lugar, que las protecciones frente al daño que la moral característicamente acuerda a través de las acciones y omisiones que requiere, debe extenderse por lo menos a todos los hombres que puedan y quieran aceptar tales restricciones. Así la crítica moral de la sociedad encerrada en lemas tales como libertad, igualdad, fraternidad, y la persecución de la felicidad, extrae su carácter moral del hecho de que invita a la reforma en nombre de algún valor o combinación de valores ya reconocidos (aunque quizás en una medida inadecuada) en todos los órdenes morales efectivos, o en nombre de una versión de éstos, refinada y extendida de modo de satisfacer la doble exigencia de racionalidad y generalidad.

Por supuesto que del hecho de que la crítica de la moral aceptada, o de otras estructuras sociales, en nombre de la libertad y de la igualdad, sea reconocida en sí misma como crítica *moral,* no se sigue que el rechazo de ella en nombre de otros valores no sea también moral. Una réplica a la denuncia de que se restringe la libertad consiste en sostener que está justificado el sacrificio de ella en aras de la igualdad o de la seguridad social o económica. Tales diferencias en el peso o énfasis que se asigna a diferentes valores morales pueden resultar irreconciliables. Ellas pueden importar concepciones ideales de la sociedad radicalmente diferentes, y constituir el fundamento moral de partidos políticos opuestos. Una de las grandes justificaciones de la democracia es que permite la experimentación y una elección revisible entre tales alternativas.

Finalmente, no es necesario que todas las extensiones de la moral más allá de las obligaciones e ideales generalmente reconocidos en una sociedad dada, asuman la forma de una crítica social. Es importante recordar que la moral tiene su aspecto privado, que se pone de manifiesto en el reconocimiento individual de ideales que no son necesariamente compartidos o considerados como fuentes de crítica al obrar ajeno, y mucho menos como fuentes de crítica a la sociedad como un todo. Las vidas humanas pueden estar consagradas a perseguir ideales heroicos, románticos, estéticos o académicos o, menos gratamente, a la mortificación de la carne. También aquí podría sostenerse que si hablamos de moral, lo hacemos porque los valores perseguidos por los individuos son por lo menos análogos a algunos de los valores reconocidos por la moral de su propia sociedad. Pero la analogía no es por cierto de contenido sino de forma y función. Porque tales ideales desempeñan en la vida de los individuos el mismo papel que la moral desempeña en una sociedad. Ellos son ubicados en un lugar de suprema importancia, de modo que su búsqueda es vivida como un deber ante el cual hay que sacrificar otros intereses y deseos; aunque son posibles las conversiones, la noción de que esos ideales pueden ser adoptados, cambiados o eliminados por una elección deliberada, es quimérica; y, finalmente, las desviaciones de tales ideales son "castigadas" por la misma conciencia, o culpa, y remordimiento a que apela primariamente la moral social.

CAPITULO IX

LAS NORMAS JURIDICAS Y LA MORAL

1. DERECHO NATURAL Y POSITIVISMO JURIDICO

Hay muchos tipos diferentes de relaciones entre el derecho y la moral, y nada hay que pueda estudiarse provechosamente, en forma separada, como *la* relación entre uno y otra. En cambio, es importante distinguir algunas de las muchas cosas diferentes que se pueden querer decir al afirmar o al negar que el derecho y la moral están relacionados. A veces, lo que se afirma es un tipo de conexión que pocos, si es que alguien lo ha hecho, han negado; pero su indiscutible existencia puede ser erróneamente aceptada como signo de alguna conexión más dudosa, o incluso confundida con ella. Así, no puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida, formulada por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas. Pero es posible tomar esta verdad ilícitamente, como fundamento de una proposición distinta: a saber, que un sistema jurídico *tiene que* exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o *tiene que* apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo. También aquí, aunque esta proposición puede, en algún sentido, ser verdadera, no se sigue de ella que los criterios de validez de normas particulares usados en un sistema jurídico tengan que incluir, en forma tácita si no explícita, una referencia a la moral o a la justicia.

Puede decirse que muchas otras cuestiones, además de ésta, se refieren a las relaciones entre el derecho y la moral. En este capítulo sólo examinaremos dos de ellas, aunque ambas involucrarán alguna consideración de muchas otras. La primera es una cuestión que todavía puede ser descripta en forma esclarecedora como el conflicto entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico, aunque cada uno de estos rótulos se usa hoy para designar una serie de tesis diferentes acerca del derecho y la moral. Aquí entenderemos por "Positivismo Jurídico" la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así. Pero precisamente porque quienes han adoptado este punto de vista han guardado silencio, o discrepado agudamente, respecto de la naturaleza de la moral, es menester considerar dos formas muy distintas de rechazo del Positivismo Jurídico. Una de éstas se expresa con la mayor claridad en las teorías clásicas del Derecho Natural: hay ciertos principios de conducta humana a ser descubiertos por la razón de los hombres, con los que el derecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido. La otra adopta un punto de vista diferente sobre la moral, menos racionalista, y ofrece una versión distinta de las maneras en que la validez jurídica se relaciona con el valor moral. En este apartado y en el próximo nos ocuparemos de la primera de ellas.

En la vasta literatura que desde Platón hasta nuestros días se ha dedicado a afirmar, y también a negar, la proposición de que las formas en que deben comportarse los hombres pueden ser descubiertas por la razón humana, los antagonistas de un bando parecen decir a los del otro "Uds. son ciegos si no pueden ver esto", para recibir como respuesta "Uds. están soñando". Esto es así, porque la pretensión de que hay principios verdaderos de conducta correcta, racionalmente descubribles, no ha sido habitualmente formulada como una doctrina autónoma, sino que fue presentada originariamente, y defendida durante mucho tiempo, como parte de una concepción general de la naturaleza inanimada y viviente. Este enfoque es, de muchas maneras, antitético con la

concepción general de la naturaleza que constituye la estructura del moderno pensamiento secular. Por ello es que para sus críticos, la teoría del Derecho Natural ha parecido surgir de profundas y antiguas confusiones de las que el pensamiento moderno se ha liberado triunfalmente; mientras que para sus sostenedores, los críticos parecen limitarse a insistir en trivialidades superficiales, desatendiendo verdades más profundas.

Así, muchos críticos modernos han pensado que la pretensión de que las normas o leyes de conducta correcta pueden ser descubiertas mediante la razón humana descansaba en una simple ambigüedad de la palabra "ley" y que cuando esta ambigüedad fuese denunciada, el derecho natural recibiría un golpe mortal. Es de esta manera que John Stuart Mill alude a Montesquieu, quien en el capítulo primero de *L' Esprit des Lois* pregunta ingenuamente por qué, mientras que las cosas inanimadas, tales como las estrellas y también los animales, obedecen a "la ley de su naturaleza", el hombre no procede así, sino que incurre en pecado. En esto, pensaba Mill, se hace patente la perenne confusión entre las leyes que formulan el curso o las regularidades de la naturaleza, y las leyes que exigen que los hombres se comporten de ciertas maneras. Las primeras, que pueden ser descubiertas mediante la observación y el razonamiento, bien pueden ser denominadas "descriptivas" y corresponde al científico descubrirlas; las últimas no pueden ser establecidas así, porque ellas no son enunciados o descripciones de hechos, sino "prescripciones" o exigencias de que los hombres se comporten de cierta manera. Por lo tanto la respuesta a la pregunta de Montesquieu es simple: las leyes prescriptivas pueden ser transgredidas y no obstante siguen siendo leyes, porque ello significa simplemente que los seres humanos no hacen lo prescripto; pero carece de sentido afirmar que las leyes de la naturaleza, descubiertas por la ciencia, pueden o no pueden ser transgredidas. Si las estrellas se comportan de manera contraria a las leyes científicas que pretenden describir sus movimientos regulares, éstas no son transgredidas, sino que pierden su título a ser llamadas "leyes" y tienen que ser reformuladas. A estas diferencias en el sentido de "ley"

corresponden diferencias sistemáticas en el vocabulario asociado, compuesto de expresiones tales como "tener que", "deber", etc. Así, según este modo de ver, la creencia en un Derecho o Ley Natural es reducible a una falacia muy simple: no percibir los sentidos muy diferentes que estas palabras y expresiones pueden tener. Es como si el que sustenta esa creencia no percibiera el muy diferente sentido de esas palabras en "Ud. tiene que presentarse al servicio militar" y "si el viento sopla del Norte, tiene que nevar".

Los críticos que con más energía atacaron la noción de Derecho Natural —tales como Bentham y Mill— a menudo atribuyeron la confusión entre estos sentidos distintos de "ley" en que incurrían sus oponentes, a que persistía en éstos la creencia de que las observadas regularidades de la naturaleza estaban prescriptas o decretadas por un Divino Legislador del Universo. De acuerdo con este punto de vista teocrático, la única diferencia entre la ley de gravedad y los Diez Mandamientos —la ley de Dios para el hombre— era, como afirmaba Blackstone, relativamente pequeña; a saber, que sólo los hombres, entre todos los seres creados, están dotados de razón y voluntad libre, y pueden así, a diferencia de las cosas, descubrir y desobedecer las prescripciones divinas. Sin embargo, el Derecho Natural no ha estado siempre asociado a la creencia de un Divino Gobernador o Legislador del Universo, y cuando ha habido tal ligamen, sus fórmulas características no han dependido lógicamente de esa creencia. Tanto el sentido relevante de la palabra "natural" que forma parte de "Derecho Natural", como el enfoque general que minimiza la diferencia tan obvia y tan importante para los espíritus modernos entre las leyes prescriptivas y descriptivas, se originan en el pensamiento griego que, en lo que a esto respecta, era completamente secular. En verdad, la continua refirmación de alguna forma de la doctrina del Derecho Natural se debe en parte al hecho de que su atractivo es independiente de la autoridad divina y de la autoridad humana, y al hecho de que a pesar de una terminología, y de mucha metafísica, que pocos podrían ahora aceptar, contiene ciertas verdades elementales que son importantes para la comprensión de la moral

y del derecho. Trataremos de liberarlas de sus adherencias metafísicas y de reformularlas en términos más simples.

Para el pensamiento secular moderno el mundo de las cosas inanimadas y vivientes, de los animales y el hombre, es un escenario de tipos de sucesos y de cambios recurrentes que ejemplifican ciertas conexiones regulares. Los seres humanos han descubierto por lo menos algunas de éstas y las han formulado como leyes de la naturaleza. Entender la naturaleza es, según este modo de ver moderno, hacer operar sobre alguna parte de ella el conocimiento de estas regularidades. La estructura de las grandes teorías científicas no refleja, por cierto, hechos, sucesos y cambios de ninguna forma simple observable; con frecuencia, en verdad, una gran parte de tales teorías consiste en fórmulas matemáticas abstractas que carecen de una contrapartida directa en los hechos observables. Su conexión con los sucesos y cambios observables consiste en el hecho de que, a partir de estas fórmulas abstractas, se pueden deducir generalizaciones que se refieren a los sucesos observables y que pueden ser confirmadas o falsificadas por ellos. La pretensión de una teoría científica de hacer progresar nuestra comprensión de la naturaleza, depende en última instancia, por lo tanto, de su poder de predecir lo que ocurrirá, y ello se basa en generalizaciones de lo que regularmente ocurre. Para el pensamiento moderno la ley de gravedad y la segunda ley de termodinámica son leyes de la naturaleza, y no simples construcciones matemáticas, en virtud de la información que proporcionan respecto de la regularidad de los fenómenos observables.

La doctrina del Derecho Natural es parte de una concepción más antigua de la naturaleza, en la que el mundo observable no es simplemente un escenario de tales regularidades, y el conocimiento de la naturaleza no es simplemente un conocimiento de ellas. De acuerdo con este punto de vista más antiguo, cada tipo nombrable de cosas existentes, humanas, animadas e inanimadas, es concebido no sólo como que tiende a mantenerse en existencia, sino también como que se dirige hacia un estado preciso óptimo que es el bien específico, o el *fin* (*telos* y *finis*) que le es apropiado.

Esta es la concepción teleológica de la naturaleza, que ve en ella algo que contiene en sí niveles de excelencia que las cosas realizan. Las etapas a través de las cuales una cosa de cualquier tipo dado avanza hacia su fin propio o específico son regulares, y pueden ser formuladas en generalizaciones que describen el característico modo de cambio de la cosa, o su característica acción o desarrollo; en esa medida el punto de vista teleológico de la naturaleza coincide con el pensamiento moderno. La diferencia está en que según el punto de vista teolológico, los sucesos que regularmente acaecen a las cosas no son concebidos como algo que *meramente* ocurre en forma regular, y no se considera que es plantear cuestiones distintas preguntarse si *efectivamente ocurren* de esa manera, si *debieran* ocurrir o si es *bueno* que ocurran. Por el contrario (salvo respecto de algunas raras monstruosidades atribuidas al "azar") lo que generalmente acaece puede ser explicado y valorado como bueno, o como lo que debe suceder, presentándolo como un paso hacia la meta o el fin propio de la cosa en cuestión. Las leyes del desarrollo de una cosa, en consecuencia, muestran al propio tiempo cómo ella se comporta o cambia regularmente y cómo debe hacerlo.

Este modo de concebir la naturaleza parece extraño cuando se lo enuncia en forma abstracta. Puede parecer menos fantástico si recordamos algunas de las maneras en que aún hoy aludimos a los seres vivos, porque todavía se refleja un punto de vista teleológico en las formas comunes de describir su desarrollo. Así en el caso de una bellota, su crecimiento y transformación en un roble es algo que no sólo alcanzan en forma regular las bellotas, sino que se señala, a diferencia de su proceso de declinación (que también es regular) como un estado óptimo de madurez, a cuya luz se explican y juzgan las etapas intermedias como buenas o malas, y se identifica la "función" de sus diversas partes de cambios estructurales. El crecimiento normal de las hojas hace falta para obtener la humedad necesaria a los fines del desarrollo "pleno" o "propio", y es "función" de las hojas proporcionarla. Por ello aludimos a ese crecimiento como lo que "debe ocurrir naturalmente". En el caso de la acción o movimientos de las cosas ina-

nimadas, tales modos de hablar parecen mucho menos plausibles, salvo que se trate de artefactos ideados por seres humanos para servir un propósito. La noción de que una piedra, al caer al suelo, está realizando algún "fin" apropiado o retornando al "lugar que le es propio", como un caballo que regresa al galope a su establo, en alguna medida nos parece hoy cómica.

En verdad, una de las dificultades para comprender el punto de vista teleológico sobre la naturaleza es, precisamente, que tal como reduce al mínimo las diferencias entre los enunciados de lo que regularmente acaece y los enunciados de lo que debe acaecer, así también reduce al mínimo la diferencia, tan importante para el pensamiento moderno, entre seres humanos *con* un propósito personal que tratan de realizar conscientemente, y otros seres vivos o inanimados. Porque en el punto de vista teleológico del mundo, el hombre, como las otras cosas, es concebido como tendiendo hacia un estado específico óptimo o fin que ha sido establecido para él, y el hecho de que, a diferencia de las otras cosas, el hombre pueda hacer esto en forma consciente, no es concebido como una diferencia radical entre él y el resto de la naturaleza. Este bien o fin específico humano es, en parte, como el de los otros seres vivientes, una condición de madurez biológica y de potencias físicas desarrolladas; pero también incluye, como elemento humano distintivo, un desarrollo y excelencia de espíritu y carácter manifestado en el pensamiento y en la conducta. A diferencia de los otros entes, el hombre es capaz de descubrir, mediante el razonamiento y la reflexión, qué es lo que implica el logro de esta excelencia, de espíritu y carácter, y quererlo. Pero con todo, según este punto de vista teleológico, dicho estado óptimo no es el bien o el fin del hombre porque él lo quiere; en lugar de ello, el hombre lo quiere porque es su fin natural.

Buena parte de este punto de vista teleológico persiste en algunas de las formas en que pensamos en los seres humanos y hablamos de ellos. El mismo está latente cuando caracterizamos a ciertas cosas como *necesidades* humanas que es bueno satisfacer y a ciertas cosas hechas a seres humanos, o sufridas *por* ellos, como *daños* o lesiones. Así, aunque es verdad que algunos hombres

pueden rehusarse a comer o a descansar porque quieren morir, concebimos al comer y al descansar como algo más que cosas que los hombres hacen regularmente o simplemente desean. La comida y el descanso son necesidades humanas, aunque algunos se nieguen a aceptarlas cuando las necesitan. Por ello decimos no sólo que es natural que todos los hombres coman y duerman, sino que todos los hombres deben comer y dormir, o que es naturalmente bueno hacer estas cosas. La fuerza de la palabra "naturalmente" en tales juicios sobre la conducta humana, es diferenciarlos tanto de los juicios que reflejan meras convenciones o prescripciones humanas ("debes quitarte el sombrero"), cuyo contenido no puede ser descubierto por el pensamiento o la reflexión, como de los juicios que se limitan a indicar lo que hace falta para alcanzar algún objetivo particular, que en un momento determinado puede ocurrir que un hombre tenga en mira y otros hombres no. El mismo enfoque está presente en nuestra concepción de las *funciones* de los órganos corporales y en la distinción que hacemos entre éstas y las meras propiedades causales. Decimos que la función del corazón es hacer circular la sangre, pero no que la función de un crecimiento canceroso es causar la muerte.

Estos ejemplos toscos, dirigidos a mostrar elementos teleológicos que todavía persisten en el pensamiento ordinario sobre la acción humana, han sido extraídos del modesto nivel fáctico biológico que el hombre comparte con otros animales. Es correcto hacer notar que lo que da sentido a este modo de pensamiento y de expresión es algo completamente obvio: el presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia; y esto reposa en el simple hecho contingente de que la mayor parte de los hombres durante la mayor parte del tiempo desean continuar viviendo. Las acciones que llamamos naturalmente buenas son las exigidas para seguir viviendo; las nociones de necesidad humana, de daño, y de la *función* de los órganos o de los cambios corporales, descansan en el mismo hecho simple. Por cierto que si nos detenemos aquí, únicamente tendremos una versión muy atenuada del Derecho Natural; porque los exposito-

res clásicos de este enfoque concibieron a la supervivencia (*perseverare in esse suo*) simplemente como el estrato más bajo de un concepto mucho más discutible y mucho más complejo del fin del hombre o del bien para el hombre. Aristóteles incluyó en él el cultivo desinteresado del intelecto humano, y Tomás de Aquino el conocimiento de Dios, y estos constituyen valores que pueden ser y han sido controvertidos. Otros pensadores, Hobbes y Hume entre ellos, han preferido bajar sus miras: han visto en el modesto propósito de supervivencia el elemento central indiscutible que da buen sentido empírico a la terminología del Derecho Natural. "La naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la asociación de individuos; y esa asociación nunca podría tener lugar si no se respetaran las leyes de la equidad y de la justicia"[1].

Este pensamiento simple tiene en realidad mucho que ver con las características del derecho y de la moral, y puede ser desenmarañado de partes más discutibles del enfoque teleológico general, en el que el fin o el bien del hombre se presenta como un modo de vida específico acerca del cual, de hecho, los hombres pueden discrepar profundamente. Además, al referirnos a la supervivencia podemos descartar, como demasiado metafísica para las mentes modernas, la noción de que ella es algo fijado de antemano, que los hombres necesariamente desean porque es su propio fin o meta. En lugar de ello podemos sostener que el hecho de que los hombres en general desean vivir es un mero hecho contingente que podría ser de otra manera, y que todo cuanto podemos querer decir al calificar a la supervivencia de meta o fin humano es que los hombres efectivamente la desean. Sin embargo, aun cuando la concibamos de esta manera, no reñida con el sentido común, la supervivencia sigue poseyendo un *status* especial en relación con la conducta humana y con nuestro pensamiento acerca de ésta, *status* que es paralelo a la importancia y a la necesidad atribuidas a la supervivencia en las formulaciones ortodoxas de la doctrina del Derecho Natural. Porque no se

[1] Hume, *Treatise of Human Nature,* III, ii, "De la justicia e injusticia".

trata simplemente de que la abrumadora mayoría de los hombres realmente desean vivir, aun al precio de una terrible miseria, sino que esto se refleja en estructuras enteras del pensamiento y del lenguaje que usamos para describir el mundo y los otros seres humanos. No podríamos sustraer el deseo general de vivir sin alterar conceptos tales como peligro y seguridad, daño y beneficio, necesidad y función, enfermedad y cura; porque éstas son a la vez maneras de describir y de apreciar cosas por referencia a la contribución que ellas hacen a la supervivencia, que es aceptada como objetivo.

Hay empero consideraciones más simples y menos filosóficas que éstas, que muestran que la aceptación de la supervivencia es una meta necesaria, en un sentido más directamente relevante para la discusión del derecho y de la moral de los hombres. Esa aceptación está presupuesta por los propios términos de la discusión; porque nos ocupamos de medidas sociales para la existencia continuada, no de reglas para un club de suicidas. Queremos saber si entre esas medidas sociales hay algunas que pueden ser esclarecedoramente calificadas de leyes naturales descubribles por la razón, y cuál es su relación con el derecho y con la moral de los hombres. Al plantear ésta o cualquier otra cuestión referente a *cómo* deben convivir los hombres, tenemos que presuponer que su propósito, en términos generales, es vivir. Desde este punto de vista el argumento es simple. La reflexión sobre algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven, muestra que en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social. Junto a ellas encontramos, tanto en el derecho como en la moral, mucho de lo que es peculiar a una determinada sociedad, y mucho que puede parecer arbitrario o una simple cuestión de elección. Tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen

una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del Derecho Natural, en contraste con las construcciones más grandilocuentes y más controvertibles que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre. En el próximo apartado consideraremos, en la forma de cinco puntos o verdades obvias, las características salientes de la naturaleza humana sobre las que descansa este modesto pero importante mínimo.

2. EL CONTENIDO MINIMO DEL DERECHO NATURAL

Al considerar las simples verdades obvias que expondremos aquí, y su conexión con el derecho y la moral, es importante observar que en cada caso los hechos mencionados suministran una *razón* para que, dada la supervivencia como objetivo, el derecho y la moral deban incluir un contenido específico. La forma general del argumento es simplemente que sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de ese contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente. Es importante subrayar la conexión distintivamente racional, que hay en este enfoque, entre los hechos naturales y el contenido de las reglas morales y jurídicas, porque es a la vez posible e importante investigar formas totalmente distintas de conexión entre los hechos naturales y las reglas morales o jurídicas. Así, ciencias todavía jóvenes como la psicología y la sociología pueden descubrir o incluso pueden haber descubierto que, a menos que se satisfagan ciertas condiciones físicas, psicológicas o económicas (por ejemplo, a menos que los niños sean alimentados y educados de ciertas maneras en el seno de la familia), no puede establecerse ningún sistema de derecho o código de moral, o que únicamente pueden funcionar en forma satisfactoria aquellas normas jurídicas que se adecúan a un

cierto tipo. Las conexiones de esta índole entre las condiciones naturales y los sistemas de reglas no están constituidas por *razones,* porque ellas no relacionan la existencia de ciertas reglas con los propósitos u objetivos conscientes de quienes están regidos por las mismas. Puede demostrarse que ser alimentado durante la infancia de cierta manera es una condición necesaria, o incluso una *causa,* para que una población desarrolle o conserve un código moral o jurídico, pero no es una *razón* para que lo haga. Tales conexiones causales no están en conflicto, por supuesto, con las conexiones que se apoyan en propósitos o en objetivos conscientes; ellas pueden en verdad ser consideradas más importantes o más fundamentales que las últimas, puesto que pueden explicar efectivamente por qué los seres humanos tienen esos objetivos conscientes o propósitos que el Derecho Natural toma como puntos de partida. Las explicaciones causales de este tipo no se apoyan en cosas obvias, ni se intercalan entre ellas objetivos conscientes o propósitos: tales explicaciones deben ser establecidas por la sociología y la psicología, así como por las otras ciencias, por los métodos de generalización y teoría basados en la observación y, cuando ello es posible, en la experimentación. Dichas conexiones, por lo tanto, son de un tipo diferente al de aquellas que relacionan el contenido de ciertas reglas jurídicas y morales con los hechos que se enuncian en las siguientes verdades obvias.

(i) *Vulnerabilidad humana.* Las exigencias comunes del derecho y de la moral no consisten, en su mayor parte, en prestaciones activas sino en abstenciones, y esas exigencias son formuladas usualmente en forma negativa, como prohibiciones. Las más importantes de ellas, para la vida social, son las que restringen el uso de la violencia que se traduce en matar o en causar daños corporales. El carácter básico de tales reglas puede ser traído a luz en preguntas como éstas: Si no hubiera estas reglas ¿de qué nos serviría, a seres como nosotros, tener reglas de *cualquier* otro tipo? La fuerza de esta pregunta retórica se basa en el hecho de que los hombres están dispuestos, ocasionalmente, a recurrir a ataques corporales y son vulnerables a ellos. Aunque esta es una verdad obvia, no es, empero, una verdad necesaria;

porque las cosas podrían haber sido distintas o serlo algún día. Hay especies de animales cuya estructura física (que incluye una caparazón) los hace virtualmente invulnerables al ataque por parte de otros miembros de su especie, y animales que carecen de órganos que les permitan atacar. Si los hombres llegaran a perder su vulnerabilidad recíproca se habría desvanecido una razón obvia para la prescripción más característica del derecho y la moral: *No matarás.*

(ii) *Igualdad aproximada.* Los hombres difieren entre sí en fuerza física, agilidad y aún más en capacidad intelectual. Sin embargo, es un hecho de considerable importancia para la comprensión de las diferentes formas del derecho y la moral, que ningún individuo es tanto más poderoso que los otros que pueda, sin cooperación, dominarlos o sojuzgarlos, salvo durante un término muy breve. Aun el hombre más fuerte tiene que dormir y, cuando está dormido, pierde temporariamente su superioridad. Esta igualdad aproximada, más que cualquier otro hecho, hace evidente la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que está en la base tanto de la obligación jurídica como de la obligación moral. La vida social, con sus reglas que prescriben tales abstenciones, puede llegar a hacerse tediosa; pero es en todo caso menos sórdida y menos brutal que la agresión ilimitada para seres aproximadamente iguales. Es plenamente compatible con esto el hecho igualmente obvio de que, cuando se establece tal sistema de abstenciones, siempre hay algunos que quieren sacar provecho de él, viviendo bajo su amparo y violando sus restricciones. Este es, en verdad, como veremos más tarde, uno de los hechos naturales que hace que el paso desde las formas meramente morales a las formas jurídicas y organizadas de control sea un paso necesario. Aquí también las cosas podrían haber sido distintas. En lugar de seres aproximadamente iguales podría haber habido algunos hombres inmensamente más fuertes que los otros y mejor capacitados para prescindir del descanso, ya sea porque dichos hombres estuvieran, en esos aspectos, muy por encima del actual término medio, o bien porque los otros estuvieran muy por debajo de él. Tales hombres excepcionales

tendrían mucho que ganar con la agresión y poco que ganar con la abstención mutua o el compromiso con los demás. Pero no hace falta recurrir a la fantasía de gigantes entre pigmeos para advertir la importancia cardinal del hecho de la igualdad aproximada: porque está ilustrado mejor por las circunstancias de la vida internacional, donde hay (o había) vastas disparidades en la fuerza y vulnerabilidad de los estados. Como veremos más tarde, esta desigualdad entre las unidades del derecho internacional es una de las cosas que ha otorgado a éste un carácter tan diferente al del derecho nacional, y que ha restringido la medida en que el primero puede actuar efectivamente como un sistema coercitivo organizado.

(iii) *Altruismo limitado.* Los hombres no son demonios dominados por el deseo de exterminarse entre sí, y la demostración de que, dado únicamente el modesto objetivo de la supervivencia, las reglas básicas del derecho y de la moral son necesarias, no debe ser identificada con el punto de vista falso de que los hombres son predominantemente egoístas y no tienen intereses desinteresados en la supervivencia y bienestar de sus semejantes. Pero si los hombres no son demonios, tampoco son ángeles; y el hecho de que sean un término medio entre estos dos extremos es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible. En una comunidad de ángeles, jamás tentados por el deseo de dañar a otros, las reglas que prescriben abstenciones no serían necesarias. En una comunidad de demonios, dispuestos a destruir, y a pagar cualquier precio por hacerlo, tales reglas serían imposibles. En la realidad, el altruismo humano es limitado en extensión e intermitente, y las tendencias a la agresión son los bastante frecuentes como para ser fatales para la vida social si no se las controla.

(iv) *Recursos limitados.* Es una mera contingencia que los seres humanos necesitan alimentos, ropa y resguardo, y que estas cosas no están disponibles en abundancia ilimitada sino que son escasas, tienen que crecer de la naturaleza o ser ganadas a ella, o necesitan ser construidas por el esfuerzo humano. Estos hechos por sí solos hacen indispensable alguna forma mínima de la ins-

titución de la propiedad (aunque no necesariamente la propiedad individual), y el tipo distintivo de reglas que exigen que se la respete. Las formas más simples de propiedad aparecen en las reglas que impiden a la generalidad de las personas, salvo el "propietario", el acceso a la tierra y el uso de ella, o tomar o usar cosas materiales. Para que lo sembrado crezca, la tierra tiene que estar protegida frente al acceso indiscriminado; en los intervalos entre su crecimiento o aprehensión y su consumo, los alimentos tienen que estar protegidos frente al apoderamiento ajeno. En todo tiempo y lugar la vida misma depende de estas abstenciones mínimas. También en este aspecto las cosas podrían haber sido de otra manera. El organismo humano podría haber estado constituido como el de las plantas, que pueden extraer el alimento del aire, o lo que dicho organismo necesita podría haber crecido sin cultivo en abundancia ilimitada.

Las reglas que hemos visto hasta ahora son *estáticas,* en el sentido de que las obligaciones que imponen y la incidencia de estas obligaciones no son modificables por los individuos. Pero la división del trabajo, que todos los grupos, salvo los muy pequeños, tienen que desarrollar para obtener provisiones adecuadas, trae consigo la necesidad de reglas *dinámicas,* en el sentido de que habilitan a los individuos a crear obligaciones y a modificar su incidencia. Entre ellas se encuentran las reglas que habilitan a los hombres a transferir, cambiar o vender sus productos; porque estas transacciones implican la capacidad de modificar la incidencia de esos derechos y obligaciones iniciales que definen las formas más simples de propiedad. La misma inevitable división del trabajo, y la permanente necesidad de cooperación, son también factores que hacen que otras formas de reglas dinámicas o creadoras de obligaciones sean necesarias en la vida social. Ellas aseguran el reconocimiento de las promesas como fuentes de obligaciones. Mediante este recurso los individuos, usando palabras habladas o escritas, pueden asumir la responsabilidad de sufrir censura o castigo si no actúan de ciertas maneras estipuladas. Cuando el altruismo no es ilimitado, hace falta un procedimiento que provea a tales operaciones auto-obligantes, para crear una forma

mínima de confianza en la conducta futura de los demás y asegurar la predecibilidad necesaria para la cooperación. Esto es más obviamente necesario cuando lo que se intercambia, o se planea en forma conjunta, son servicios mutuos, o cuando las mercaderías que se intercambian o venden no están disponibles en forma simultánea o inmediata.

(v) *Comprensión y fuerza de voluntad limitadas.* Los hechos que hacen que las reglas referentes a las personas, a la propiedad, y a las promesas sean necesarias en la vida social son simples, y los beneficios mutuos que de esas reglas derivan son evidentes. La mayor parte de los hombres son capaces de advertirlos y de hacer el sacrificio de intereses inmediatos que la observancia de tales reglas exige. Ellos pueden obedecer, en verdad, por una variedad de motivos: algunos, porque calculan que bien valen los sacrificios para recibir las ganancias; otros, por un interés desinteresado en el bienestar de los demás, y algunos porque consideran que las reglas son dignas de respeto en sí mismas y que la devoción a ellas es un ideal. Por otra parte, no todos los hombres comparten por igual la comprensión de los intereses de largo alcance, ni la fuerza o bondad de voluntad, de las que depende la eficacia de esos diferentes motivos para obedecer. Todos sienten la tentación, a veces, de preferir sus propios intereses inmediatos y, en ausencia de una organización especial que descubra y castigue las faltas, muchos sucumbirían a la tentación. Es indudable que las ventajas de las abstenciones mutuas son tan palpables, que el número y la fuerza de los que cooperan voluntariamente dentro de un sistema coercitivo será normalmente mayor que cualquier combinación probable de transgresores. Sin embargo, salvo en sociedades con una cohesión muy estrecha, la sumisión al sistema de limitaciones sería una insensatez si no hubiera una organización para coercionar a aquellos que tratarían de obtener las ventajas del sistema sin someterse a sus obligaciones. Hacen falta "sanciones", por lo tanto, no como el motivo normal para la obediencia, sino como una *garantía* de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen. Si no hubiera tal organización, obedecer sería arriesgarse a tener la

peor parte. Dado este peligro, lo que la razón reclama es cooperación *voluntaria* dentro de un sistema *coercitivo.*

Ha de observarse que el mismo hecho natural de la igualdad aproximada entre los hombres tiene importancia crucial para la eficacia de las sanciones organizadas. Si algunos hombres fueran mucho más poderosos que los otros, y por ello no dependieran de las abstenciones de éstos, la fuerza de los transgresores podría superar a la de los que apoyan el derecho y el orden. Dadas tales desigualdades, el uso de sanciones podría no dar resultado e implicar peligros por lo menos tan grandes como los que está destinado a suprimir. En tales circunstancias, en lugar de una vida social basada en un sistema de abstenciones mutuas, y en el uso intermitente de la fuerza respecto de una minoría de transgresores, tendríamos, como único viable, un sistema en el que los débiles se someterían a los fuertes en los mejores términos que pudieran obtener, y vivirían bajo la "protección" de los últimos. Esto, porque la escasez de recursos conduciría a la formación de un número de centros de poder en conflicto, cada uno agrupado en torno de su "hombre fuerte": éstos podrían luchar entre sí en forma intermitente, si bien la sanción natural, nunca desdeñable, del riesgo de derrota, podría asegurar una paz precaria. Podría aceptarse entonces algún tipo de reglas para regular aquellas cuestiones por las que las "potencias" no estuvieran dispuestas a luchar. Tampoco aquí necesitamos pensar en pigmeos y gigantes para comprender la logística simple de la igualdad aproximada y su importancia para el derecho. El escenario internacional, donde las unidades han diferido considerablemente en fuerza, proporciona un ejemplo adecuado. Durante siglos las disparidades entre los estados han conducido a un sistema en el que las sanciones organizadas han sido imposibles, y el derecho quedó limitado a asuntos que no afectaban problemas "vitales". Queda por ver en qué medida las armas atómicas, cuando estén al alcance de todos, restablecerán el balance del poder desigual, y darán lugar a formas de control más parecidas al derecho penal interno.

Las simples verdades obvias que hemos examinado no sólo develan el núcleo de buen sentido que hay en la doctrina del De-

recho Natural. Ellas tienen vital importancia para la comprensión del derecho y de la moral, y explican por qué la definición de las formas básicas de uno y otra en términos puramente formales, sin referencia a ningún contenido específico o a las necesidades sociales, ha resultado tan inadecuada. Quizás el mayor beneficio que la teoría jurídica recibe de este enfoque, es que permite escapar a ciertas dicotomías equívocas que a menudo obscurecen el examen de las características del derecho. Así, por ejemplo, el problema tradicional de si todo sistema jurídico *tiene que* establecer sanciones, puede ser presentado bajo una luz más original y más clara, cuando disponemos del punto de vista que esta versión simple del Derecho Natural proporciona. Ya no tendremos que elegir entre dos alternativas inadecuadas que a menudo se consideran exhaustivas; por un lado, la de decir que eso es lo que exige "el" significado de las palabras "derecho" o "sistema jurídico", y por otro, la de decir que es "simplemente un hecho" que la mayor parte de los sistemas jurídicos establecen sanciones. Ninguna de estas alternativas es satisfactoria. No hay principios establecidos que prohiban el uso de la palabra "derecho" para referirse a sistemas donde no existen sanciones centralmente organizadas, y es razonable (aunque no compulsivo) usar la expresión "derecho internacional" para aludir a un sistema que no tiene ninguna. Por otra parte, necesitamos distinguir el lugar que deben ocupar las sanciones dentro de un sistema nacional para que éste sirva los propósitos mínimos de seres constituidos como lo están los hombres. Dado el engarce de hechos naturales y de propósitos humanos, que hacen que las sanciones sean a la vez posibles y necesarias en un sistema nacional, podemos decir que se trata de una *necesidad natural;* y alguna frase de este tipo se necesita también para expresar el *status* de las formas mínimas de protección a las personas, a la propiedad, y a las promesas, que son características similarmente indispensables del derecho nacional. Es de esta manera que debemos contestar a la tesis positivista que dice que "el derecho puede tener cualquier contenido". Porque es una verdad de alguna importancia que para la descripción adecuada no sólo del derecho sino de muchas

otras instituciones sociales, es menester reservar un lugar para una tercera categoría de enunciados (además de las definiciones y de los enunciados ordinarios de hecho): aquéllos cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen.

3. VALIDEZ JURIDICA Y VALOR MORAL

Las protecciones y beneficios acordados por el sistema de abstenciones mutuas que subyace al derecho y a la moral pueden, en diferentes sociedades, ser extendidos a muy diferentes campos de personas. Es verdad que la negación de estas protecciones elementales a cualquier clase de seres humanos dispuestos a aceptar las restricciones correspondientes, ofendería los principios de moral y justicia que todos los estados modernos dicen, por lo menes, respetar. El punto de vista moral que declaran aceptar está, en general, influido por la concepción de que al menos en estas cosas fundamentales, los seres humanos tienen derecho a ser tratados con igualdad, y que no basta para justificar las diferencias de tratamiento limitarse a invocar los intereses de otros.

Sin embargo, es obvio que no es necesario que el derecho ni la moral aceptada en las sociedades extiendan estas protecciones y beneficios mínimos a todas las personas comprendidas por sus reglas, y también lo es que con frecuencia no ha habido tal extensión. En las sociedades en que existe la esclavitud, el grupo dominante puede perder la noción de que los esclavos son seres humanos y no simples objetos para ser usados, aunque ese grupo puede seguir teniendo la mayor sensibilidad moral respecto de las pretensiones e intereses de cada uno de sus miembros. Cuando se preguntó a Huckleberry Finn si la explosión de la caldera de un barco había herido a alguien, contestó: "No, mató a un negro". El comentario de la tía Sally, "Qué suerte, porque a veces la gente resulta herida" resume toda una moral que a menudo ha prevalecido entre los hombres. En los casos en que prevalece, tal como Huck descubrió a costa suya, extender a los esclavos la preocupación por el prójimo que es natural entre los miembros del grupo dominante, bien puede ser considerado

como una grave ofensa moral, que trae aparejada toda la secuela de culpabilidad moral. La Alemania nazi y Sud Africa ofrecen paralelos que están desagradablemente próximos a nosotros en el tiempo.

Aunque el derecho de algunas sociedades ha estado ocasionalmente más adelantado que la moral aceptada, por lo común el primero sigue a la segunda, y hasta el asesinato de un esclavo puede ser considerado simplemente como un despilfarro de recursos públicos, o como una transgresión en perjuicio del amo. Aun cuando no se reconozca oficialmente la esclavitud, las discriminaciones en base a raza, color o creencias religiosas, pueden producir un sistema jurídico y una moral social que no reconozcan que todos los hombres tienen derecho a un mínimo de protección frente a los demás.

Estos penosos hechos de la historia humana bastan para mostrar que, si bien para que una sociedad sea viable tiene que ofrecer a *algunos* de sus miembros un sistema de abstenciones mutuas, no es menester, desgraciadamente, que se lo ofrezca a todos. Es verdad, y ya lo hemos destacado al examinar la necesidad y la posibilidad de sanciones, que para que un sistema de reglas sea impuesto por la fuerza sobre cualquiera, tiene que haber un número suficiente de individuos que lo acepte en forma voluntaria. Sin su cooperación voluntaria, que crea así *autoridad*, el poder coercitivo del derecho y el gobierno no pueden establecerse. Pero el poder coercitivo, así establecido sobre su base de autoridad, puede ser usado de dos maneras principales. Puede ser ejercido sólo contra los transgresores que, aunque reciben la protección de las reglas, en forma egoísta las violan. Por otra parte, puede ser usado para sojuzgar y mantener en una posición de permanente inferioridad a un grupo sometido, cuyo tamaño, en relación con el grupo opresor, puede ser grande o pequeño, según los medios de coerción, solidaridad, y disciplina de que dispone el último, y de la impotencia o incapacidad para organizarse del primero. Es posible que para los oprimidos no haya en el sistema nada que los llame a la lealtad, sino únicamente cosas a temer. Ellos son las víctimas del sistema, no sus beneficiarios.

En los primeros capítulos de este libro destacamos el hecho de que la existencia de un sistema jurídico es un fenómeno social que presenta siempre dos aspectos, y que tenemos que prestar atención a ambos para que nuestro punto de vista sea realista. La existencia de un sistema jurídico implica las actitudes y la conducta que van involucradas en la aceptación voluntaria de reglas, y también las actitudes y la conducta, más simples, involucradas en la mera obediencia o aquiescencia. De aquí que una sociedad en la que hay derecho está compuesta por aquellos que ven sus reglas desde el punto de vista interno como pautas o criterios de conducta aceptados, y no meramente como predicciones dignas de confianza de lo que los funcionarios les harán si desobedecen. Pero también está compuesta por aquellos a quienes, ya sea porque son malhechores, ya porque son simples víctimas inermes del sistema, estas pautas jurídicas tienen que serles impuestas por la fuerza o mediante amenazas de fuerza. Ellos se interesan por las reglas simplemente como fuentes de posibles castigos. El balance entre estos dos componentes estará determinado por muchos factores diversos. Si el sistema es equitativo y atiende en forma genuina los intereses vitales de todos aquellos a quienes exige obediencia, puede obtener y conservar el respeto de la mayoría durante la mayor parte del tiempo y será, por lo tanto, estable. Por otra parte, puede tratarse de un sistema mezquino y exclusivo, manejado para servir los intereses del grupo dominante, y la amenaza latente de levantamiento puede hacerlo cada vez más represivo e inestable. Entre estos dos extremos hallamos diversas combinaciones de estas actitudes frente al derecho, a menudo en el mismo individuo.

La reflexión sobre este aspecto de las cosas revela una verdad sensata: el paso desde las formas simples de sociedad, donde las reglas primarias de obligación son el único medio de control social, al mundo jurídico, con su legislatura centralmente organizada, sus tribunales, funcionarios y sanciones, trae consigo ventajas considerables, pero a un cierto precio. Las ventajas son las de la adaptabilidad frente a los cambios, la certeza, y la eficiencia; ellas son inmensas. El precio es el riesgo de que el poder cen-

tralmente organizado puede ser empleado para la opresión de muchos, cuyo apoyo no le resulta imprescindible, de una manera que el régimen más simple de reglas primarias no podía llevar a cabo. Puesto que ese riesgo se ha materializado y puede volver a materializarse, la pretensión de que hay otra forma en la que el derecho *tiene que* adecuarse a la moral, además de la que hemos presentado como contenido mínimo del Derecho Natural, requiere un examen muy cuidadoso. Muchas afirmaciones de ese tipo o bien no aclaran el sentido en que, según se pretende, la conexión entre el derecho y la moral es necesaria; o bien al examinarlas resulta que quieren decir algo que es a la vez verdadero e importante, pero que es muy confuso si se lo presenta como una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Concluiremos este capítulo examinando seis formas de esa pretensión.

(i) *Poder y autoridad.* Se dice a menudo que un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, dado que no se apoya, ni puede hacerlo, en el mero poder del hombre sobre el hombre. Hemos destacado por nuestra parte, en los primeros capítulos de este libro, la insuficiencia de las nociones de órdenes respaldadas por amenazas y de hábitos de obediencia, para comprender los fundamentos de un sistema de derecho y la idea de validez jurídica. La elucidación de estos problemas no sólo requiere la noción de una regla de reconocimiento aceptada, como hemos argumentado largamente en el capítulo VI, sino que, tal como hemos visto en el presente, es una condición necesaria de la existencia del poder coercitivo que por lo menos algunos tienen que cooperar voluntariamente en el sistema y aceptar sus reglas. En este sentido es verdad que el poder coercitivo del derecho presupone su autoridad aceptada. Pero la dicotomía de "derecho basado meramente en el poder" y "derecho aceptado como moralmente obligatorio" no es exhaustiva. No solamente es posible que enormes cantidades de personas sean coaccionadas por normas que ellas no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan voluntariamente el sistema tengan que sentirse moralmente obligados a ha-

cerlo, si bien lo es que cuando hay tal sentimiento el sistema será más estable. En efecto, el acatamiento al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros. No hay por cierto razón alguna que se oponga a que quienes aceptan la autoridad del sistema continúen haciéndolo por una diversidad de consideraciones, no obstante que un examen de conciencia los haya llevado a decidir que moralmente no deben aceptarla.

Estos lugares comunes pueden haberse oscurecido por el uso general del mismo vocabulario para expresar las obligaciones, jurídicas y morales, que los hombres reconocen. Quienes aceptan la autoridad de un sistema jurídico lo ven desde el punto de vista interno, y expresan su apreciación de las exigencias de aquél en enunciados internos, acuñados en el lenguaje normativo que es común al derecho y a la moral: "Yo (tú) debo (debes)"; "yo (él) tengo que (tiene que)"; "yo (ellos) tengo (tienen) una obligación". Sin embargo, eso no los compromete a un juicio *moral* en el sentido de que es moralmente correcto hacer lo que el derecho prescribe. Sin duda alguna que si no se dice nada más, existe la presunción de que cualquiera que se expresa de esa manera repecto de sus obligaciones jurídicas o de las obligaciones jurídicas de los demás, no piensa qué hay alguna razón moral o de otro tipo que se oponga al cumplimiento de las mismas. Esto, sin embargo, no demuestra que nada puede ser reconocido como jurídicamente obligatorio si no es aceptado como moralmente obligatorio. La presunción aludida se apoya en el hecho de que comúnmente carecerá de objeto que reconozcamos o señalemos una obligación jurídica, si tenemos razones concluyentes, morales o de otro tipo, para abogar en contra de su cumplimiento.

(ii) *La influencia de la moral sobre el derecho.* El derecho de todo estado moderno muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran en el derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y de

a poco a través del proceso judicial. En algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. En otros sistemas, como en Inglaterra, donde no hay restricciones formales a la competencia de la legislatura suprema, su legislación puede, sin embargo, conformarse escrupulosamente, en grado no menor, a la justicia o a la moral. Las formas adicionales en que el derecho refleja la moral son numerosísimas, y todavía no han sido suficientemente estudiadas: las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales; el campo de los contratos exigibles puede ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por delitos civiles y criminales puede estar adecuada a los puntos de vista predominantes sobre responsabilidad moral. Ningún "positivista" podría negar que estos son hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales tipos de concordancia con la moral. Si es esto lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida.

(iii) *Interpretación.* Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente, como hemos visto en el capítulo VI, que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa. Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción "mecánica", a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos. La decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplica-

ción de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de "legislativa" a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede *demostrar* que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la "ponderación" y el "balance" característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto.

Pocos negarán la importancia de estos elementos, que pueden bien ser llamados "morales" en cuanto hacen que las decisiones sean aceptables; y las tradiciones o cánones flexibles y cambiantes, que en la mayor parte de los sistemas rigen la interpretación, con frecuencia incorporan vagamente dichos elementos. Sin embargo, si se ofrecen estos hechos como prueba de la conexión *necesaria* entre el derecho y la moral, es menester recordar que esos mismos principios han recibido casi tanta transgresión como acatamiento. Porque, desde Austin hasta nuestros días, las advertencias de que tales elementos deberían guiar la decisión han provenido, en su mayor parte, de críticos que han visto que la elaboración judicial del derecho a menudo ha sido ciega a los valores sociales, "automática" o inadecuadamente razonada.

(iv) *La crítica del derecho.* A veces la tesis de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral no quiere decir más que esto: que un *buen* sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos, tales como los que hemos mencionado ya en el último apartado, a las exigencias de la justicia y de la moral.

Alguno puede considerar que esto es una cosa obvia; pero no es una tautología, y en realidad, en la crítica del derecho puede haber desacuerdo tanto en lo que hace a los criterios o pautas morales apropiados como en lo que atañe a cuáles son los puntos en que debe haber conformidad. La moral con la que debe concordar el derecho para ser un buen derecho, ¿es la moral aceptada del grupo en cuestión, aunque se apoye en supersticiones o niegue sus beneficios y su tutela a los esclavos o a clases sometidas? ¿O es una moral de pautas o criterios esclarecidos, esto es, que reposan en creencias racionales respecto de cuestiones de hecho, y reconocen que todos los seres humanos son acreedores a igual consideración y respeto?

Sin duda la tesis de que un sistema jurídico debe tratar a todos los seres humanos incluidos en su ámbito como acreedores a ciertas protecciones y libertades básicas, es aceptada generalmente ahora como enunciado de un ideal de evidente relevancia en la crítica del derecho. Aun en los casos en que la práctica se aparta del mismo, comúnmente se le rinde tributo verbal. Es posible incluso que la filosofía pueda demostrar que una moral que no acepta el derecho de todos los hombres a igual consideración encierra alguna contradicción interna, dogmatismo o irracionalidad. De ser así, la moral esclarecida que reconoce estos derechos tiene títulos especiales para ser considerada la moral verdadera, y no solamente una entre las muchas morales posibles. Estas son pretensiones que no pueden ser examinadas aquí, pero aun cuando se las admita, ellas no pueden modificar, y no debieran oscurecer, el hecho de que sistemas jurídicos nacionales, con su estructura característica de reglas primarias y secundarias, han perdurado durante mucho tiempo aun cuando escarnecieron estos principios de justicia. Más abajo veremos qué se gana, si es que se gana algo, con sostener que las reglas inicuas no son derecho.

(v) *Principios de legalidad y justicia.* Se puede decir que la distinción entre un buen sistema jurídico, que concuerda en ciertos puntos con la moral y la justicia, y un sistema jurídico que no lo hace, es una distinción falaz, porque necesariamente

se realiza un mínimo de justicia dondequiera la conducta humana es controlada mediante reglas generales que se hacen conocer públicamente y son judicialmente aplicadas. En realidad hemos señalado ya,[2] al analizar la idea de justicia, que su forma más simple (justicia en la aplicación del derecho) consiste simplemente en tomar en serio la noción de que lo que ha de aplicarse a una multiplicidad de personas diferentes es la misma regla general, sin prejuicios, intereses o caprichos. Esta imparcialidad es lo que están dirigidos a asegurar los principios procesales conocidos por los juristas ingleses y norteamericanos como principios de "Justicia Natural". De aquí que, aunque las normas más abominables pueden ser justamente aplicadas, en la mera noción de aplicar una regla general de derecho tenemos por lo menos el germen de la justicia.

Aparecen otros aspectos adicionales de esta forma mínima de justicia, que podríamos llamar "natural", si analizamos lo que de hecho va implicado en cualquier método de control social —tanto en las reglas de juegos como en el derecho— que consista primariamente en pautas o criterios generales de conducta comunicados a clases de personas, de quienes se espera que los entiendan y se ajusten a las reglas sin nuevas directivas oficiales. Para que funcione un control social de este tipo, las reglas tienen que satisfacer ciertos requisitos; han de ser inteligibles y poder ser obedecidas por la mayoría y, en principio, no deben ser retroactivas, aunque excepcionalmente pueden serlo. Esto significa que, en la mayoría de los casos, los que eventualmente sean castigados por la transgresión de las reglas habrán tenido la posibilidad y la oportunidad de acatarlas. Obviamente estas características del control mediante reglas están estrechamente relacionadas con las exigencias de justicia que los juristas llaman principios de legalidad. En verdad, un crítico del positivismo ha visto en estos aspectos del control mediante reglas algo que importa una conexión necesaria entre el derecho y la moral, y ha sugerido que se los denomine "la moral interna del derecho". También aquí, si es-

[2] *Supra*, pág. 200.

to es lo que significa la conexión necesaria del derecho y la moral, podemos aceptarla. Infortunadamente, es compatible con una enorme iniquidad.

(vi) *La validez jurídica y la resistencia al derecho.* Pocos teóricos del derecho considerados positivistas se detendrían a negar las formas de conexión entre el derecho y la moral examinadas bajo los cinco subtítulos precedentes, cualquiera sea el grado de falta de cautela con que tales juristas hayan expresado los lineamientos generales de su posición. ¿Cuál ha sido, pues, el propósito de los grandes gritos de batalla del positivismo jurídico: "La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra"[3]; "El derecho de un Estado no es un ideal, sino algo que existe efectivamente... no es lo que debe ser, sino lo que es"[4]. "Las normas jurídicas pueden tener cualquier tipo de contenido"?[5]

Lo que en lo sustancial querían promover estos pensadores era claridad y honestidad en la formulación de las cuestiones teoréticas y morales suscitadas por la existencia de normas jurídicas particulares que son moralmente inicuas, pero que han sido sancionadas en la forma establecida, tienen un significado claro, y satisfacen todos los criterios de validez reconocidos del sistema. Ellos han entendido que tanto el teórico como el infortunado funcionario llamado a aplicar u obedecer tales normas, sólo podrían ser inducidos a confusión si, al reflexionar acerca de ellas, fueran invitados a negarle la calidad de derecho o de normas jurídicas "válidas". Dichos autores han pensado que para enfrentar estos problemas disponemos de recursos más simples y más sinceros, que destacan mucho mejor todas las consideraciones intelectuales y morales relevantes. Lo que hay que decir es: "Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido".

El punto de vista opuesto parece atractivo cuando, después de una revolución o de conmociones sociales graves, los tribunales de un sistema tienen que considerar su actitud frente a las

[3] Austin, *The Province of Jurisprudence Defined,* Conferencia V, págs. 184-85.

[4] Gray, *The Nature and Sources of the Law,* S. 213.

[5] Kelsen, *General Theory of Law and State,* p. 113.

iniquidades morales cometidas, guardando las formas jurídicas, por los ciudadanos o los funcionarios bajo el imperio de un régimen anterior. El castigo de esas iniquidades puede ser vivido como algo socialmente deseable; sin embargo, procurarlo mediante una legislación francamente retroactiva, que declare delito lo que de acuerdo con el derecho del régimen anterior era permitido o incluso obligatorio, puede ser difícil, moralmente abominable, o quizás imposible. En estas circunstancias puede parecer natural sacar partido de las implicaciones morales latentes en el vocabulario del derecho, y especialmente en palabras como *ius, Recht, diritto, droit,* que están grávidas de teoría jusnaturalista. Es posible que entonces parezca tentador decir que las disposiciones que obligaban o permitían la iniquidad no deben ser reconocidas como válidas, o como dotadas de calidad jurídica, aun cuando el sistema dentro del que fueron dictadas no establecía restricción a la competencia de su legislatura. Fue en esta forma que en Alemania, después de la última guerra, se revivieron los argumentos del Derecho Natural, en respuesta a los agudos problemas sociales que quedaron como saldo de las iniquidades del régimen nazi y de su derrocamiento. ¿Debían ser castigados los delatores que, persiguiendo fines egoístas, obtuvieron el encarcelamiento de otros por transgredir leyes monstruosas aprobadas durante el régimen nazi? ¿Era posible condenarlos en los tribunales alemanes de post guerra, sosteniendo que esas leyes violaban el Derecho Natural, y por lo tanto, eran nulas, de modo que el encarcelamiento de las víctimas por violar tales leyes fue en realidad ilícito, y el obtenerlo fue en sí un delito?[6] Aunque la controversia entre quienes aceptan y quienes rechazan el punto de vista de que las reglas moralmente inicuas no pueden ser derecho parece simple, a menudo los antagonistas no parecen tener en claro el carácter general de ella. Es cierto que aquí tene-

[6] Ver la sentencia del 27 de julio de 1940. Oberlandsgericht Bamberg, 5 *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 207: examinada en extenso en H. L. A. Hart, "Legal Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review* LXXI (1958), 598, y en L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law", ibid, p. 630. Adviértase, empero, la versión corregida de esa sentencia, *infra*, págs. 322-3.

mos por delante maneras alternativas de formular la decisión moral de no aplicar, no obedecer, o no permitir que otros invoquen en su defensa reglas moralmente inicuas: sin embargo, la disputa resulta mal presentada como una cuestión verbal. Ninguno de los antagonistas quedaría satisfecho si se le dijera: "Sí, Ud. tiene razón, la manera correcta de expresar en inglés (o en alemán) ese tipo de cuestión, es decir lo que Ud. ha dicho". Así, aunque el positivista podría señalar que según el uso preponderante en idioma inglés no hay contradicción en afirmar que una regla de derecho es demasiado inicua para ser obedecida, y que de la proposición de que una regla es demasiado inicua para ser obedecida no se sigue que no es una regla válida de derecho, sus oponentes difícilmente considerarían que esto decide el problema.

Obviamente no podemos asir en forma adecuada esta controversia si vemos en ella una cuestión referente a la propiedad del uso lingüístico. Porque lo que está realmente en juego es el mérito comparativo de dos conceptos o maneras de clasificar reglas que pertenecen a un sistema generalmente efectivo en la vida social. Uno de ellos es más amplio, el otro más restringido. Si hemos de hacer una elección razonada entre estos dos conceptos, ello será porque uno es superior al otro en la forma como auxilia nuestras indagaciones teoréticas o promueve y clarifica nuestras deliberaciones morales, o hace ambas cosas.

El más amplio de estos dos antagónicos conceptos de derecho, incluye al más restringido. Si adoptamos el concepto más amplio, ello nos llevará, en las investigaciones teoréticas, a agrupar y considerar juntas como "derecho" todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atenten contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos considerar que es una moral verdadera o esclarecida. Si adoptamos el concepto más restringido, excluiremos del significado de "derecho" esas reglas moralmente ofensivas. Parece claro que nada se gana en el estudio teorético o científico del derecho como fenómeno social adoptando el concepto más restringido: ello nos llevaría a excluir ciertas reglas aun cuando exhiban todas las otras com-

plejas características del derecho. Nada, por cierto, sino confusión resultaría de la propuesta de dejar a otra disciplina el estudio de tales reglas, y ciertamente ni la historia ni otros estudios jurídicos han considerado provechoso hacerlo. Si adoptamos el concepto de derecho más amplio podemos ubicar dentro de él el estudio de cualquier característica especial que tengan las reglas moralmente inicuas, y de la reacción de la sociedad frente a ellas. Por ello es que el uso del concepto más restringido tiene que dividir aquí —de una manera confusa— nuestro esfuerzo por comprender el desarrollo y las potencialidades del método específico de control social consistente en un sistema de reglas primarias y secundarias. El estudio de su uso implica el estudio de su abuso.

¿Qué se puede decir de los méritos prácticos del concepto más restringido a los fines de la deliberación moral? Cuando enfrentamos exigencias moralmente inicuas, ¿por qué es mejor pensar: "Esto no es derecho en ningún sentido", en lugar de "Esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado"? El primer modo de pensar, ¿hará que los hombres vean las cosas más claras o que estén más dispuestos a desobedecer cuando la moral lo exige? ¿Conduciría ello a mejores maneras de resolver problemas tales como los que el régimen nazi dejó tras suyo? Sin duda que las ideas tienen su influencia; pero no parece que el esfuerzo para adiestrar y educar a los hombres en el uso de un concepto más restringido de validez jurídica, en el que no caben normas jurídicas válidas aunque moralmente inicuas, haya de conducir a robustecer la resistencia frente al mal ante las amenazas del poder organizado, o a una comprensión más clara de lo que está moralmente comprometido cuando se exige obediencia. Mientras que los seres humanos puedan obtener suficiente cooperación de algunos para permitirles dominar a otros, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Hombres malvados dictarán reglas malvadas que otros aplicarán. Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no re-

solvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral. Esta idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener *status* de derecho.

Pero quizás una razón más fuerte para preferir el concepto amplio de derecho, que nos permite pensar y decir: "Esto es derecho pero es inicuo", es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que ellas dan lugar. Los autores del pasado que, como Bentham y Austin, insistieron en la distinción entre lo que el derecho es y lo que debe ser, en parte lo hicieron porque pensaban que si los hombres confundían estas cosas era posible que, sin reparar en el costo para la sociedad, juzgaran apresuradamente que las normas jurídicas eran inválidas y no debían ser obedecidas. Pero al lado de este peligro de anarquía, que bien puede haber sido sobreestimado por ellos, hay otras formas de simplificación excesiva. Si restringimos nuestro punto de vista y únicamente pensamos en la persona a quien se pide que *obedezca* las reglas malas, podemos considerar que es indiferente determinar si esta persona piensa o no que tiene frente a sí una regla válida de "derecho", mientras advierta su iniquidad moral y haga lo que la moral exige. Pero además del problema moral de obediencia (¿He de hacer esta cosa mala?), está el problema del sometimiento al castigo, el de Sócrates: ¿Qué debo hacer, someterme al castigo por haber desobedecido, o escapar? También está el problema que enfrentaron los tribunales de post guerra alemanes: "¿Hemos de castigar a quienes hicieron cosas malas que eran permitidas por leyes perversas, entonces en vigencia?". Estas preguntas plantean muy diferentes problemas de moral y de justicia, que es menester considerar en forma indepen-

diente los unos de los otros: no pueden ser resueltos mediante la negativa absoluta a reconocer que las leyes malas pueden ser válidas para algún propósito. Esta es una manera demasiado tosca de lidiar con cuestiones morales delicadas y complejas.

Un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas. Puede concederse que los delatores alemanes, que guiados por móviles egoístas procuraron el castigo de otros por aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el estado castigue únicamente a aquellos que, al hacer el mal, hicieron lo que estaba prohibido por el estado en ese momento. Este es el principio de *nulla poena sine lege.* Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente. Un caso de castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso ordinario de castigo por un acto que era ilegal en el momento de su realización. Por lo menos puede argüirse en favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar.

CAPITULO X

DERECHO INTERNACIONAL

1. FUENTES DE DUDAS

La idea de una unión de reglas primarias y secundarias, a la que se ha atribuido en este libro un lugar tan importante, puede ser considerada como un término medio entre posiciones extremas. Porque la teoría jurídica ha buscado la clave para la comprensión del derecho a veces en la idea simple de una orden respaldada por amenazas y a veces en la idea compleja de la moral. El derecho tiene por cierto muchas afinidades y conexiones con una y otra. Sin embargo, como hemos visto, hay un peligro permanente de exagerar esas conexiones y afinidades y obscurecer las características especiales que distinguen al derecho de otros medios de control social. La idea que hemos tomado como central tiene la virtud de permitir que veamos las relaciones múltiples entre el derecho, la coacción y la moral tal como ellas son, y que consideremos sin prejuicios en qué sentido puede decirse, si es que se puede, que esas relaciones son necesarias.

Aunque la idea de la unión de reglas primarias y secundarias tiene estas virtudes, y aunque concordaría con el uso tratar a la existencia de esta característica unión de reglas como una condición suficiente para aplicar la expresión "sistema jurídico", no hemos sostenido que la palabra "derecho" tenga que ser definida en términos de dicha unión. Porque no pretendemos identificar o regular de esta manera el uso de palabras como "derecho" o "jurídico", es que este libro se ofrece como una elucidación del concepto de derecho, y no como una definición de "derecho" de la que podría naturalmente esperarse que proporcionara una regla

o reglas para el uso de esas expresiones. En forma consistente con este propósito, en el último capítulo examinamos la pretensión, formulada en los casos alemanes, de que debe negarse el título de derecho válido a ciertas reglas en razón de su iniquidad moral, aun cuando pertenezcan a un sistema existente de reglas primarias y secundarias. Terminamos por rechazar esa pretensión; pero lo hicimos no porque ella estuviera en conflicto con el punto de vista de que las reglas que pertenecen a un sistema tal tienen que ser llamadas "derecho", ni porque estuviera en contra del uso preponderante. En lugar de ello criticamos el intento de restringir la clase de las normas jurídicas válidas eliminando de ella las reglas moralmente inicuas, en base a que tal proceder no promueve ni clarifica las investigaciones teoréticas ni la deliberación moral. Para estos fines, el concepto más amplio, que es consistente con el uso, y que permite considerar que aun las reglas moralmente inicuas son derecho, resultó ser más adecuado.

El derecho internacional nos presenta el caso inverso. Porque, si bien concuerda con el uso de los 150 últimos años utilizar aquí la expresión "derecho", la falta de una legislatura internacional, de tribunales con jurisdicción compulsiva, y de sanciones centralmente organizadas, ha inspirado desconfianzas, por lo menos entre los teóricos del derecho. La falta de estas instituciones significa que las reglas para los estados se asemejan a aquella forma simple de estructura social que consiste únicamente en reglas primarias de obligación y que, cuando aparece en las sociedades de individuos, es comúnmente contrapuesta a un sistema jurídico desarrollado. Se puede sostener, por cierto, como veremos, que el derecho internacional no sólo carece de reglas secundarias de cambio y adjudicación que establezcan una legislatura y tribunales, sino que carece también de una regla de reconocimiento unificadora que especifique las "fuentes" del derecho y que suministre criterios generales para la identificación de sus reglas. Estas diferencias son notables, y en verdad es muy difícil dejar a un lado la pregunta: "¿es realmente derecho el derecho internacional?". Pero tampoco en este caso podremos disipar las dudas, que muchos sienten, limitándonos a recordarles el uso

lingüístico establecido; ni podremos reducirnos a confirmarlas en base a que la existencia de una unión de reglas primarias y secundarias es condición necesaria y suficiente para el uso correcto de la expresión "sistema jurídico". En lugar de ello averiguaremos cuál es, en detalle, el carácter de las dudas que se han experimentado, y, como en el caso de las decisiones alemanas, nos preguntaremos si el uso común amplio que habla de "derecho internacional" puede llegar a obstruir algún propósito práctico o teorético.

Aunque le dedicaremos un solo capítulo, algunos autores han propuesto un tratamiento aún más breve de este problema referente al carácter del derecho internacional. A ellos les ha parecido que la pregunta: "¿es realmente derecho el derecho internacional?" sólo ha surgido o perdurado porque se ha confundido una cuestión trivial sobre el significado de palabras con una cuestión seria sobre la naturaleza de las cosas. Puesto que los hechos que distinguen el derecho internacional del derecho nacional son claros y bien conocidos, la única cuestión por resolver es si debemos observar la convención existente o apartarnos de ella; y esta es una cuestión que cada uno debe resolver por sí mismo. Pero esta forma breve de tratar la cuestión es por cierto demasiado breve. Es verdad que entre las razones que han conducido a los teóricos a dudar acerca de la extensión de la palabra "derecho" al derecho internacional, ha desempeñado algún papel un punto de vista excesivamente simple, y en verdad absurdo, sobre qué es lo que justifica la aplicación de la misma palabra a muchas cosas diferentes. Con demasiada frecuencia la teoría jurídica ha ignorado la variedad de tipos de principios que comúnmente guían la extensión de términos clasificatorios generales. Sin embargo, las fuentes de duda respecto del derecho internacional son más profundas y más interesantes que estas opiniones equivocadas sobre el uso de las palabras. Además, las dos alternativas que esta vía sumaria de tratar el problema ofrece, ("¿Observaremos la convención lingüística existente o nos apartaremos de ella?"), no son exhaustivas; porque, al lado de ellas, está la alternativa de explicitar y examinar los principios que han guiado el uso existente.

El camino corto sugerido sería en verdad apropiado si nos estuviéramos ocupando de un nombre propio. Si alguno preguntara si el lugar llamado "Londres" es *realmente* Londres, todo cuanto podríamos hacer sería recordarle la convención y dejarlo que la acepte o que elija otro nombre de su agrado. Sería absurdo, en tal caso, preguntarse en base a qué principio Londres ha sido llamada así, y si este principio es aceptable. Esto sería absurdo porque, mientras que la asignación de nombres propios descansa *únicamente* en una convención *ad-hoc*, la extensión de los términos generales de cualquier disciplina seria nunca carece de su principio o fundamento racional, aunque puede ocurrir que éste no sea obvio. Cuando, como en el caso presente, la extensión es cuestionada por quienes dicen: "Sabemos que se lo llama derecho, pero ¿es realmente derecho?", lo que se pide —sin duda en forma obscura— es que se explicite el principio y se examinen sus credenciales.

Consideraremos dos principales fuentes de duda en relación con el carácter jurídico del derecho internacional y, junto con ellas, los pasos que han dado los teóricos para hacerse cargo de esas dudas. Ambas formas de duda surgen de una comparación adversa entre el derecho internacional y el derecho nacional, que es considerado como el ejemplo claro, típico, de lo que el derecho es. La primera tiene raíces profundas en la concepción que fundamentalmente ve en el derecho una cuestión de órdenes respaldades por amenazas y contrapone el carácter de las *reglas* del derecho internacional al de las reglas del derecho nacional. La segunda forma de duda surge de la creencia obscura de que los estados son fundamentalmente incapaces de ser sujetos de obligaciones jurídicas, y contrapone el carácter de los *sujetos* del derecho internacional al de los sujetos del derecho nacional.

2. OBLIGACIONES Y SANCIONES

Las dudas que consideraremos suelen ser expuestas en los capítulos iniciales de los libros de derecho internacional en la forma de la pregunta: "¿Cómo puede ser obligatorio el derecho internacional?". Hay algo muy confuso, empero, en esta forma

preferida de preguntar; antes de que podamos ocuparnos de ella tendremos que hacernos cargo de una pregunta previa cuya respuesta no es en modo alguno clara. Esta pregunta previa es: ¿Qué se quiere decir al afirmar que todo un sistema de derecho es "obligatorio"? El enunciado de que una regla particular de un sistema es obligatoria para una persona, es un enunciado familiar a los juristas y tiene un significado aceptablemente claro. Podemos parafrasearlo diciendo que la regla en cuestión es válida y que según ella la persona de que se trata tiene algún deber u obligación. Además de esto, hay algunas situaciones en las que se formulan enunciados más generales de este tipo. Podemos tener dudas, en ciertas circunstancias, si es un sistema jurídico u otro el que se aplica a una persona en particular. Tales dudas pueden surgir en el campo del derecho internacional privado o en el del derecho internacional público. Podemos preguntarnos, en el primer caso, si el derecho francés o el derecho inglés es obligatorio respecto de una determinada persona en relación con una determinada transacción; y en el último caso, podemos preguntarnos, por ejemplo, si los habitantes de Bélgica, ocupada por el enemigo, estaban obligados por lo que el gobierno en el exilio pretendía que era el derecho belga o por las disposiciones de la potencia ocupante. Pero en ambos casos, las cuestiones son cuestiones de derecho que surgen dentro de algún sistema jurídico (nacional o internacional) y son resueltas por referencia a las reglas o principios de ese sistema. En ellas no se cuestiona el carácter general de las reglas, sino únicamente su alcance o su aplicabilidad en circunstancias dadas a personas o transacciones particulares. Obviamente la pregunta, "¿es obligatorio el derecho internacional?", y sus congéneres, "¿cómo puede ser obligatorio el derecho internacional?" o "¿qué es lo que hace que el derecho internacional sea obligatorio?", son preguntas de un orden diferente. Ellas no expresan una duda acerca de la aplicabilidad del derecho internacional sino acerca de su *status* jurídico general; esta duda sería expresada más sinceramente así: "¿es posible decir con sentido y verdad que reglas como éstas hacen surgir obligaciones?". Como lo demuestran las discusiones que aparecen en los libros, una

fuente de dudas es simplemente que el sistema no tiene sanciones centralmente organizadas. Este es un punto en el que la comparación favorece al derecho nacional o interno, cuyas reglas se consideran como incuestionablemente "obligatorias", y como paradigmas de la obligación jurídica. A partir de aquí el argumento es simple; si por esta razón las reglas del derecho internacional no son "obligatorias", es por cierto indefendible la pretensión de clasificarlas seriamente como derecho; porque por tolerantes que sean los modos comunes de hablar, esta es una diferencia demasiado grande para pasarla por alto. Toda la especulación en torno a la naturaleza del derecho parte del presupuesto de que su existencia por lo menos hace que cierta conducta sea obligatoria.

Al considerar este argumento le daremos el beneficio de toda duda respecto de los hechos del sistema internacional. Daremos por sentado que ni el art. 16 del Pacto de la Liga de las Naciones, ni el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, introdujeron en el derecho internacional nada que pueda equipararse a las sanciones del derecho nacional. A pesar de la guerra de Corea y de cualquier enseñanza que pueda extraerse del incidente de Suez, supondremos que siempre que la aplicación de las cláusulas de la Carta relativas a sanciones tenga importancia, probablemente ellas serán paralizadas por el veto y tendremos que decir que sólo existen en el papel.

Argumentar que el derecho internacional no es obligatorio por la falta de sanciones organizadas, es aceptar en forma tácita el análisis de la obligación contenido en la teoría de que el derecho es esencialmente una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas. Esta teoría, como hemos visto, identifica "tener una obligación", o "estar obligado", con la "probabilidad de sufrir la sanción o el castigo con que se amenaza para el caso de desobediencia". Sin embargo, como hemos sostenido, esta identificación desfigura el papel que en todo el pensamiento y discurso jurídicos desempeñan las ideas de obligación y deber. Aun en el derecho nacional o interno, donde hay sanciones organizadas efectivas, tenemos que distinguir, por la diversidad de razones dadas en el capítulo III, entre el significado del enunciado predictivo

externo "probablemente sufriré (sufrirás) a causa de la desobediencia", y el del enunciado normativo interno "tengo (tienes) obligación de actuar así", que determina la situación particular de una persona desde el punto de vista de las reglas aceptadas como pautas o criterios orientadores de la conducta. Es verdad que no todas las reglas dan lugar a obligaciones o deberes y también lo es que las que lo hacen generalmente exigen algún sacrificio de los intereses particulares, y están generalmente sustentadas por exigencias serias de acatamiento y por una crítica insistente frente a las desviaciones. Pero una vez que nos liberamos del análisis predictivo y de la concepción que lo origina, a saber, la que considera que el derecho es esencialmente una orden respaldada por amenazas, parece no haber buenas razones para limitar la idea normativa de la obligación a las reglas que tienen el sustento de sanciones organizadas.

Tenemos que considerar, empero, otra forma del argumento, que es más plausible porque no está comprometida a una definición de obligación en términos de la probabilidad de sanciones. El escéptico puede señalar que en un sistema nacional, como lo hemos destacado ya, hay ciertas provisiones que justificadamente son llamadas necesarias; entre ellas hay reglas primarias de obligación que prohiben el libre uso de la violencia, y reglas que proveen al uso oficial de la fuerza como sanción por la transgresión de aquellas reglas y de otras. Si tales reglas y las sanciones organizadas que las sustentan son en este sentido necesarias para el derecho nacional, ¿no lo son igualmente para el derecho internacional? Se puede sostener que lo son sin insistir en que ello deriva del significado mismo de palabras tales como "obligatorio" u "obligación".

La respuesta a esta forma del argumento ha de hallarse en aquellas verdades elementales acerca de los seres humanos y de su circunstancia, que constituyen el perdurable emplazamiento psicológico y físico del derecho nacional. En sociedades compuestas por individuos de una fuerza física y de una vulnerabilidad aproximadamente iguales, las sanciones físicas son a la vez necesarias y posibles. Ellas hacen falta para que aquellos que voluntaria-

mente se someten a las limitaciones del derecho, no sean meras víctimas de los malhechores que, si no hubiera tales sanciones, se beneficiarían con el respeto de los demás hacia el derecho, sin respetarlo a su vez. Entre individuos que viven en estrecha proximidad entre sí, son tan grandes las oportunidades de dañar al prójimo mediante engaño, cuando no en forma de ataque abierto, y tan considerables las probabilidades de escapar que, salvo en las formas más simples de sociedad, ningún obstáculo simplemente natural podría servir para poner coto a aquellos demasiado malvados, demasiado tontos o demasiado débiles para obedecer el derecho. Pero en razón del mismo hecho de la igualdad aproximada y de las patentes ventajas del sometimiento a un sistema de limitaciones, es improbable que ninguna combinación de malhechores pueda superar en fuerza a quienes cooperan voluntariamente en el mantenimiento de ese sistema. En estas circunstancias, que constituyen el trasfondo del derecho nacional, las sanciones pueden ser satisfactoriamente utilizadas contra los malhechores con riesgos relativamente pequeños, y la amenaza de las mismas añadirá mucho a los obstáculos naturales que pueda haber. Pero precisamente en razón de que las verdades obvias que son aplicables a los individuos no lo son a los estados, y de que el trasfondo fáctico del derecho internacional es tan diferente del trasfondo del derecho nacional, no existe una similar necesidad de sanciones (por deseable que pueda ser que el derecho internacional esté sustentado en ellas) ni hay una similar perspectiva de uso seguro y eficaz de las mismas.

Esto es así porque la agresión entre estados es muy diferente de la agresión entre individuos. El uso de la violencia entre los estados tiene que ser público, y aunque no hay una fuerza de policía internacional, puede haber muy poca certeza de que será una cuestión entre el agresor y la víctima, como podría serlo un asesinato o un robo si no hubiera una fuerza de policía. Iniciar una guerra, aun para la potencia más fuerte, es arriesgar mucho por un resultado que rara vez es predecible con razonable confianza. Por otra parte, en razón de la desigualdad de los estados, no puede haber una seguridad permanente de que la fuerza com-

binada de aquellos que están del lado del orden internacional probablemente prevalecerá sobre las potencias inclinadas a la agresión. De aquí que la organización y el uso de las sanciones puede implicar riesgos temibles y la amenaza de ellas añadir poco a los obstáculos naturales. Contra este muy diferente trasfondo de hechos, el derecho internacional se ha desarrollado en una forma diferente al derecho nacional. En una población de un estado moderno, si no hubiera una organización para prevenir y castigar los delitos habría que esperar frecuentes actos de violencia y de latrocinio; entre los estados, en cambio, largos años de paz han transcurrido entre guerras desastrosas. Es racional esperar que haya estos años de paz, dados los riesgos y los azares de la guerra y las necesidades mutuas de los estados; pero vale la pena regularlos mediante reglas que difieren de las del derecho nacional, entre otras cosas, en que no proveen a su aplicación por ningún órgano central. Sin embargo, tanto en el pensamiento como en el lenguaje, lo que estas reglas prescriben aparece como obligatorio; hay presión general para que las reglas sean acatadas; las pretensiones y los reconocimientos se basan en ellas, y se considera que su violación justifica no sólo insistentes demandas de compensación, sino represalias y contramedidas. Cuando se hace caso omiso de las reglas no es sobre la base de que no son obligatorias; por el contrario, se realizan esfuerzos para ocultar los hechos. Se puede decir, por supuesto, que tales reglas sólo son eficaces en la medida en que se refieren a cuestiones sobre las cuales los estados no están dispuestos a luchar. Esto puede ser así, y puede reflejarse en forma adversa sobre la importancia del sistema y su valor para la humanidad. Sin embargo, el hecho de que pueda obtenerse siquiera eso, demuestra que no es posible concluir, por una deducción simple, que porque el derecho nacional o interno —ubicado en un cierto contexto de hechos físicos y psicológicos— necesita sanciones organizadas, el derecho internacional, que no las tiene —y que está ubicado en un contexto muy diferente— no impone obligaciones, no es "obligatorio", ni merece, por lo tanto, ser llamado "derecho".

3. LA IDEA DE OBLIGACION Y LA SOBERANIA DE LOS ESTADOS

Gran Bretaña, Bélgica, Grecia, Rusia, tienen derechos y obligaciones con arreglo al derecho internacional y se encuentran, por lo tanto, entre los sujetos de ese orden jurídico. Ellos son ejemplos tomados al azar de estados que el lego considerará independientes y el jurista reconocerá como "soberanos". Una de las fuentes más duraderas de perplejidad acerca del carácter obligatorio del derecho internacional, ha sido la dificultad de aceptar o explicar el hecho de que un estado que es soberano pueda también estar "ligado" por aquél o hallarse sometido a una obligación impuesta por sus reglas. Esta forma de escepticismo es, en cierto sentido, más radical que la objeción de que el derecho internacional no es obligatorio porque carece de sanciones. Porque mientras que esta última sería superada si algún día el derecho internacional fuera reforzado por un sistema de sanciones, la objeción que ahora examinamos se basa en una inconsistencia radical que existe, según se dice o se siente, en la concepción de un estado que a la vez es soberano y está sometido al derecho.

El examen de esta objeción implica un análisis de la noción de soberanía, aplicada no a la legislatura o a algún otro elemento o persona *dentro* de un estado, sino al estado mismo. Cada vez que la palabra "soberano" aparece en la teoría jurídica, hay la tendencia a asociar a ella la idea de una persona que está por encima del derecho y cuya palabra es ley para sus inferiores o súbditos. En los capítulos iniciales de este libro hemos visto que esta seductora noción es una guía inadecuada para comprender la estructura de un sistema jurídico nacional; pues bien, puede afirmarse que ha sido una fuente de confusión todavía mayor en la teoría del derecho internacional. Es, por supuesto, *posible*, concebir un estado de acuerdo con esas líneas, como si se tratara de una especie de Superhombre —un Ser intrínsecamente a-jurídico, pero que es la fuente del derecho para sus súbditos. Desde el siglo XVI en adelante, la identificación simbólica del estado y del monarca ("L'etat c'est moi") puede haber fomentado esta idea que ha sido la inspiración dudosa de una abundante teoría tanto política como jurídica. Pero para la comprensión del derecho interna-

cional es importante liberarse de estas asociaciones. La expresión "un estado" no es el nombre de alguna persona o cosa intrínsecamente o "por naturaleza" fuera del derecho; es una manera de referirse a dos hechos: primero, que una población que habita un territorio vive bajo aquella forma de gobierno ordenado establecido por un sistema jurídico con su estructura característica de legislatura, tribunales y reglas primarias; y, en segundo lugar, que el gobierno goza de un grado de independencia vagamente definido.

La palabra "estado" tiene por cierto su propia área de vaguedad, que es considerable, pero lo que hemos dicho basta para desplegar su significado central. Estados tales como Gran Bretaña o Brasil, los Estados Unidos o Italia, para tomar de nuevo ejemplos al azar, poseen una medida muy grande de independencia, tanto respecto del control jurídico como del control fáctico frente a cualquier autoridad o persona situada fuera de sus fronteras, y son considerados "estados soberanos" a la luz del derecho internacional. Por otra parte, los estados individuales que son miembros de una unión federal, tal como los Estados Unidos, están sometidos de muchas maneras diferentes a la autoridad y control del gobierno y de la constitución federal. Sin embargo, la independencia que incluso estos estados federados retienen es grande si se la compara con la posición, digamos, de un condado inglés, para aludir al cual no se usaría en modo alguno la palabra "estado". Un condado puede tener un consejo local que, dentro de su jurisdicción, realice alguna de las funciones de una legislatura, pero sus escasas facultades están subordinadas a las del Parlamento y, salvo en lo que atañe a ciertos aspectos de poca importancia, el área del condado está sometida a las mismas normas jurídicas y gobierno que el resto del país.

Entre estos extremos hay muchos tipos y grados diferentes de dependencia (y también de independencia) entre las unidades territoriales que poseen un gobierno ordenado. Las colonias, los protectorados, las *suzerainties,* los territorios bajo administración fiduciaria, las confederaciones, presentan, desde este punto de vista, fascinantes problemas de clasificación. En la mayor par-

te de los casos, la dependencia de una unidad respecto de otra se expresa en formas jurídicas, de manera tal que los actos de creación jurídica de la unidad principal determinarán en última instancia, por lo menos en relación con ciertas cuestiones, cuál es el derecho de la unidad dependiente.

En algunos casos, sin embargo, el sistema jurídico del territorio dependiente puede no reflejar su dependencia. Esto puede ser así porque sólo es independiente en la forma, y el territorio está de hecho regido desde el exterior, a través de un gobierno títere; o puede ser así porque el territorio dependiente tiene una autonomía real sobre sus asuntos internos pero no sobre sus asuntos externos, y su dependencia respecto de otros países en los asuntos externos no necesita expresarse como parte de su derecho doméstico. La dependencia de una unidad territorial respecto de otra en estas diversas maneras no es, sin embargo, la única forma en que puede estar limitada su independencia. El factor de limitación puede no ser el poder o la autoridad de otra unidad semejante, sino una autoridad internacional que afecta unidades que son independientes las unas de las otras. Es posible imaginar muchas formas diferentes de autoridad internacional, y en concordancia con ellas, muchas limitaciones diferentes a la independencia de los estados. Las posibilidades incluyen, entre muchas otras, una legislatura mundial, según el modelo del Parlamento Británico, que posea potestades jurídicamente ilimitadas para regular todos los asuntos internos y externos; una legislatura federal, según el modelo del Congreso de los Estados Unidos, con competencia jurídica únicamente sobre cuestiones especificadas o con una competencia limitada por garantías de derechos específicos de las unidades componentes; un régimen en el cual la única forma de control jurídico consiste en reglas generalmente aceptadas como aplicables a todos; y finalmente un régimen en el que la única forma de obligación reconocida es la contractual o auto-impuesta, de modo que la independencia de un estado está limitada jurídicamente sólo por sus propios actos.

Es conveniente considerar este campo de posibilidades porque el mero hecho de advertir que hay muchas formas y grados

posibles de dependencia e independencia, facilita la réplica a la pretensión de que porque los estados son soberanos *"no pueden"* hallarse sometidos al derecho internacional o limitados por éste, o sólo *"pueden"* estar limitados por alguna forma específica de derecho internacional. Porque la palabra "soberano" no significa aquí más que "independiente"; y al igual que esta última palabra, tiene una fuerza puramente negativa: un estado soberano es aquel que *no* está sometido a ciertos tipos de control, y su soberanía es el área de conducta en la que es autónomo. Ya hemos visto que el significado mismo de la palabra estado introduce o sugiere alguna medida de autonomía, pero sostener que ésta *"tiene que ser"* ilimitada o que sólo *"puede"* estar limitada por cierto tipo de obligación es, en el mejor de los casos, afirmar la pretensión de que los estados deben hallarse libres de toda otra limitación, y, en el peor, enunciar un dogma no razonado. Porque si en los hechos nos damos con que existe entre los estados una determinada forma de autoridad internacional, la soberanía de los estados está, en esa medida, limitada, y ella no tiene más extensión que la que las reglas le acuerdan. Por tal razón sólo podemos saber qué estados son soberanos, y cuál es el ámbito de su soberanía, cuando conocemos las reglas; del mismo modo que sólo podemos saber si un inglés o un norteamericano es libre, y la extensión de su libertad, cuando conocemos el derecho inglés o el derecho norteamericano. Las reglas del derecho internacional son por cierto vagas y contradictorias en muchos puntos, de modo que la duda acerca del área de independencia que corresponde a los estados es mucho mayor que la duda acerca del ámbito de libertad que tiene un ciudadano con arreglo al derecho nacional. Pero a pesar de ello, estas dificultades no convalidan el argumento *a priori* que intenta deducir el carácter general del derecho internacional de una soberanía absoluta que, sin hacer referencia al derecho internacional, se atribuye a los estados.

Vale la pena observar que el uso no crítico de la idea de soberanía ha diseminado una confusión similar tanto en la teoría del derecho nacional como en la del derecho internacional, y exige en ambos casos un similar correctivo. Bajo su influjo pode-

mos llegar a creer que en todo sistema jurídico nacional *tiene* que haber un legislador soberano no sometido a limitación jurídica; del mismo modo que podemos llegar a creer que el derecho internacional *tiene* que poseer cierto carácter porque los estados son soberanos y no susceptibles de limitación jurídica salvo por acto propio. En ambos casos, la creencia en la existencia necesaria del soberano jurídicamente ilimitado prejuzga acerca de una cuestión que sólo podemos contestar cuando examinamos las reglas vigentes. La pregunta dentro del derecho nacional es: ¿cuál es la extensión de la suprema autoridad legislativa reconocida en este sistema? Para el derecho internacional es: ¿cuál es el área máxima de autonomía que las reglas acuerdan a los estados?

La respuesta más simple a la objeción que analizamos es, pues, que ella invierte el orden en que las cuestiones tienen que ser consideradas. No hay manera de saber qué soberanía tienen los estados hasta que conocemos cuáles son las formas del derecho internacional y si ellas son o no meras formas vacías. Buena parte de la controversia jurídica ha sido confusa por haber ignorado este principio, y es provechoso considerar a su luz aquellas teorías del derecho internacional conocidas como teorías "voluntaristas" o de la "auto-limitación". Estas han intentado reconciliar la soberanía (absoluta) de los estados con la existencia de reglas obligatorias de derecho internacional, tratando a todas las obligaciones internacionales como auto-impuestas, a semejanza de la obligación que surge de una promesa. Tales teorías son, en realidad, la contrapartida en el derecho internacional de las teorías contractualistas en la ciencia política. Estas últimas buscan explicar el hecho de que los individuos, "naturalmente" libres e independientes, están sin embargo obligados por el derecho nacional, tratando a la obligación de acatar el derecho como una obligación surgida de un contrato que los obligados han celebrado entre sí, y en algunos casos con sus gobernantes. No examinaremos aquí las conocidas objeciones que merece esta teoría cuando se la toma literalmente, ni su valor cuando se la toma nada más que como una analogía esclarecedora. En lugar de ello extraeremos de su

historia un triple argumento contra las teorías voluntaristas del derecho internacional.

En primer lugar, estas teorías no consiguen en absoluto explicar cómo se sabe que los estados sólo *"pueden"* ser limitados por obligaciones auto-impuestas, o por qué ha de aceptarse esta noción de su soberanía previamente a todo examen del efectivo carácter del derecho internacional. ¿Hay algo más para sustentarla, fuera del hecho de que ha sido repetida a menudo? En segundo lugar, hay algo incoherente en el argumento dirigido a mostrar que los estados, en razón de su soberanía, sólo *pueden* estar sometidos a reglas que ellos se han impuesto a sí mismos. En algunas formas muy extremas de la teoría de la "auto-limitación", los compromisos emergentes de tratados son considerados como meras declaraciones de la conducta que en el futuro se propone seguir el estado signatario, y no cumplirlos no es considerado como violatorio de ninguna obligación. Esto, aunque discrepa en mucho con los hechos, tiene por lo menos el mérito de la consistencia: es la teoría simple de que la soberanía absoluta de los estados es incompatible con obligaciones de cualquier tipo, de modo que, tal como el Parlamento, un estado no puede obligarse a sí mismo. El punto de vista menos extremo de que un estado puede imponerse obligaciones mediante promesas, acuerdos o tratados, no es compatible, empero, con la teoría de que los estados están únicamente sometidos a reglas que ellos se han impuesto a sí mismos. Porque, para que las palabras, habladas o escritas, funcionen en ciertas circunstancias como una promesa, acuerdo o tratado, y hagan surgir así obligaciones y confieran derechos que otros pueden reclamar, tienen que existir *reglas* que establezcan que un estado está obligado a aquello que, mediante las palabras apropiadas, se compromete a hacer. Tales reglas, que la noción misma de una obligación auto-impuesta presupone, obviamente no pueden derivar *su* status obligatorio de una auto-impuesta obligación de obedecerlas.

Es verdad que toda *acción* específica que un determinado estado está obligado a hacer podría, en teoría, derivar su carácter obligatorio de una promesa; sin embargo esto sólo podría ocurrir si la *regla* de que las promesas etc. crean obligaciones, es aplica-

ble al estado independientemente de cualquier promesa. En toda sociedad, compuesta de individuos o de estados, lo que es necesario y suficiente para que las palabras de una promesa, acuerdo o tratado, hagan surgir obligaciones, es que las reglas que así lo establecen y que especifican un procedimiento para estos actos que auto-obligan, sean generalmente acatadas, sin que se requiera que lo sean de modo universal. Cuando lo son, el individuo o el estado que a sabiendas usa estos procedimientos queda obligado por ellos, lo quiera o no. De aquí que incluso esta máxima forma voluntaria de obligación social implica algunas reglas que son obligatorias independientemente de la elección de la parte obligada por ellas, y esto, en el caso de los estados, es incompatible con la suposición de que su soberanía exige libertad frente a todas las reglas de ese tipo.

En tercer lugar están los hechos. Tenemos que distinguir entre la pretensión *a priori,* que acabamos de criticar, de que los estados sólo *pueden* ser obligados por obligaciones auto-impuestas, y la pretensión de que aunque ellos pudieran ser obligados de otras maneras bajo un sistema diferente, de hecho no existe ninguna otra forma de obligación para los estados según las actuales reglas del derecho internacional. Es posible, por supuesto, que el sistema pudiera tener esta forma puramente consensual, y en los escritos de los juristas, en las opiniones de los jueces, incluso de los tribunales internacionales, y en las declaraciones de los estados, encontramos afirmaciones y rechazos de ese modo de ver el carácter del sistema. Sólo un examen desapasionado de la práctica efectiva de los estados, puede mostrar si ese modo de ver es correcto o no. Es verdad que el derecho internacional moderno es en muy gran medida derecho convencional, y ha habido intentos elaborados de demostrar que las reglas que parecen ser obligatorias para los estados sin su consentimiento previo se apoyan de hecho en el consentimiento, aunque éste puede haber sido dado sólo "en forma tácita" o ha de ser "inferido". Aunque no todos consisten en ficciones, por lo menos algunos de estos intentos de reducir la obligación internacional a una de sus formas, suscitan la misma sospecha que la noción de una "orden tácita', que, co-

mo vimos, estaba dirigida a cumplir una simplificación similar, aunque más obviamente espuria, en el campo del derecho nacional o interno.

No podemos emprender aquí un examen detallado de la pretensión de que toda obligación internacional surge del consentimiento de la parte obligada, pero hay que señalar dos claras e importantes excepciones a esta doctrina. La primera es el caso de un nuevo estado. Nunca se ha puesto en duda que cuando nace un estado nuevo e independiente, como ocurrió con Iraq en 1932, y con Israel en 1948, ese estado está sometido a las obligaciones generales del derecho internacional, que incluye, entre otras, las reglas que dan fuerza obligatoria a los tratados. Aquí el intento de sustentar las obligaciones internacionales del nuevo estado en un consentimiento "tácito" o "inferido", parece totalmente descaminado. El segundo caso es el de un estado que adquiere territorio, o que experimenta algún otro cambio que hace aplicable para él, por vez primera, obligaciones impuestas por reglas que previamente no había tenido oportunidad de observar ni de transgredir, y a las que no había tenido ocasión de dar o de rehusar consentimiento. Si un estado, que antes no tenía acceso al mar, adquiere territorio con litoral marítimo, es claro que esto basta para someterlo a todas las reglas del derecho internacional relativas a las aguas territoriales y al alta mar. Además de esto, hay casos más discutibles, principalmente relativos al efecto que tienen sobre terceros los tratados generales o multilaterales; pero estas dos importantes excepciones son suficientes para justificar la sospecha de que la teoría general de que toda obligación internacional es auto-impuesta ha sido inspirada por una excesiva adhesión a dogmas abstractos y por muy poco respeto a los hechos.

4. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA MORAL

En el capítulo V examinamos la forma simple de estructura social que consiste únicamente en reglas primarias de obligación, y vimos que, salvo para las sociedades más pequeñas y más estrechamente unidas y aisladas, adolecía de graves defectos. Tal ré-

gimen tiene que ser estático: sus reglas se modifican únicamente por lentos procesos de crecimiento y declinación; la identificación de las reglas tiene que ser incierta; y la comprobación de las transgresiones en los casos particulares, así como la aplicación de la presión social a los transgresores, tiene que ser casual, lenta y débil. Nos pareció que era esclarecedor concebir las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, características del derecho nacional, como remedios diferentes, aunque relacionados, para esos diferentes defectos.

En la forma, el derecho internacional se asemeja a tal régimen de reglas primarias, si bien el contenido de sus reglas, que suelen ser complejas, es muy distinto al de las reglas de la sociedad primitiva, y muchos de sus conceptos, métodos, y técnicas son iguales a los del moderno derecho nacional. Muy a menudo los juristas han pensado que la mejor manera de expresar estas diferencias formales entre el derecho internacional y el derecho nacional es considerar al primero como "moral". Sin embargo parece claro que destacar la diferencia de esta manera es provocar confusión.

A veces la insistencia en que las reglas que rigen las relaciones entre los estados no son sino reglas morales, está inspirada por el viejo dogmatismo que afirma que toda forma de estructura social que no sea reducible a órdenes respaldadas por amenazas sólo puede ser una forma de "moral". Es posible, por supuesto, usar la palabra "moral" con este alcance muy amplio; así usada viene a servir de cajón de sastre conceptual, al cual irán a parar todas las reglas de juegos, los reglamentos de clubs, las reglas de etiqueta, las provisiones fundamentales del derecho constitucional y del derecho internacional, junto con reglas y principios que ordinariamente concebimos como morales, tales como las reglas que prohiben la crueldad, la deshonestidad y la mentira. La objeción a este procedimiento es que entre lo que queda así englobado como "moral" hay diferencias tan importantes de forma y de función social, que no se concibe ningún propósito, práctico o teorético, que pudiera ser servido por una clasificación tan tosca. Dentro de la categoría de moral, así artificialmente am-

pliada, tendríamos que formular nuevamente las viejas distinciones que ella borra.

En el caso particular del derecho nacional hay una cantidad de razones diferentes para rechazar la clasificación de sus reglas como "moral". La primera es que los estados a menudo se reprochan entre sí una conducta inmoral, o se elogian o elogian a otros estados por cumplir con las pautas de la moral internacional. Sin duda que *una* de las virtudes que los estados pueden exhibir o no exhibir es la de respetar el derecho internacional, pero esto no significa que ese derecho es moral. En los hechos se reconoce la diferencia entre la apreciación de la conducta de los estados en términos de moral por un lado, y la formulación de reclamaciones y demandas y el reconocimiento de derechos y obligaciones, de acuerdo con las reglas de derecho internacional, por el otro. En el capítulo V enumeramos ciertas características que podrían ser consideradas como definitorias de la moral social: entre ellas figuraba la forma distintiva de presión moral que primordialmente sustenta las reglas morales. Ella no consiste en recurrir al temor o a las amenazas de represalias o a las exigencias de compensaciones, sino en apelar a la conciencia, en la esperanza de que una vez que la persona a quien la apelación va dirigida advierta el principio moral que está en juego, el sentimiento de culpa o de vergüenza pueden llevarla a respetar ese principio y a enmendarse.

Las reclamaciones según el derecho internacional no están acuñadas en tales términos aunque, por supuesto, como ocurre en el derecho nacional, pueden formularse conjuntamente con una apelación moral. Lo que predomina en los argumentos, a menudo técnicos, que los estados se dirigen entre sí respecto de cuestiones controvertidas de derecho internacional, son referencias a precedentes, tratados y textos jurídicos; con frecuencia no se hace alusión alguna a lo que es correcto o incorrecto, bueno o malo, desde el punto de vista moral. Por ello la pretensión de que el Gobierno de Pekín tiene o no tiene derecho, según el derecho internacional, a expulsar a las fuerzas nacionalistas de Formosa, es muy distinta de la cuestión de si es equitativo, justo, o moralmente bueno o malo que lo haga, y está respaldada por argumen-

tos característicamente diferentes. Sin duda que en las relaciones entre los estados hay estaciones intermedias entre lo que es claramente derecho y lo que es claramente moral, análogas a las pautas de urbanidad reconocidas en la vida privada. Tal es la esfera de la "cortesía" internacional, de la que constituye ejemplo el privilegio acordado a los enviados diplomáticos para que puedan recibir bienes de uso personal libres de derechos aduaneros.

Un fundamento de distinción más importante es el siguiente. Las reglas del derecho internacional, como las del derecho nacional, a menudo son totalmente indiferentes desde el punto de vista moral. Puede existir una regla porque es conveniente o necesario tener alguna regla clara y fija sobre el punto en cuestión, pero no porque se atribuya ninguna importancia moral a la regla particular. Bien puede tratarse de una entre un número grande de reglas posibles, cada una de las cuales habría estado igualmente bien. Por ello las reglas jurídicas, tanto las nacionales como las internacionales, comúnmente contienen muchos detalles específicos, y hacen distinciones arbitrarias, que serían ininteligibles como elementos de reglas o principios morales. Es verdad que no tenemos que ser dogmáticos acerca del contenido posible de la moral social: tal como vimos en el Capítulo V la moral de un grupo social puede contener muchas prohibiciones que pueden parecer absurdas o supersticiosas cuando se las contempla a la luz del conocimiento moderno. Así es posible, aunque difícil, imaginar que hombres con creencias generales muy distintas de las nuestras, podrían llegar a atribuir importancia *moral* a transitar por la izquierda en lugar de hacerlo por la derecha, o a sentirse moralmente culpables si violan una promesa hecha ante dos testigos, y a no sentir la misma culpa moral si ha sido hecha ante uno solo. Aunque son posibles morales tan extrañas, sigue siendo verdad, empero, que una moral no puede (lógicamente) contener reglas generalmente consideradas, por quienes las aceptan, como alternativas que de ninguna manera son preferibles a otras y que carecen de importancia intrínseca. El derecho, sin embargo, aunque también contiene mucho que posee importancia moral, puede contener y contiene tales reglas, y las distinciones arbitra-

rias, las formalidades y los detalles altamente específicos, que serían enormemente difíciles de entender como partes de la moral, son, en consecuencia, características naturales y fácilmente comprensibles del derecho. Porque una de las funciones típicas del derecho, a diferencia de la moral, es precisamente introducir estos elementos para alcanzar un máximo de certeza y de predecibilidad y facilitar la prueba o la apreciación de los reclamos. El respeto de las formas y de los detalles, llevado al exceso, ha originado los reproches de "formalismo" y "legalismo"; sin embargo es importante recordar que estos vicios son exageraciones de algunas de las cualidades distintivas del derecho.

Es por esta razón que así como esperamos que un sistema jurídico nacional, pero no la moral, nos diga cuántos testigos debe tener un testamento válido, así también esperamos que el derecho internacional, pero no la moral, nos diga cosas tales como el número de días que un buque beligerante puede permanecer en puerto neutral para aprovisionarse de combustible o para hacer reparaciones; la extensión del mar territorial; los métodos que deben ser usados para medirlo. Todas estas cosas son provisiones que es necesario y deseable que las *reglas jurídicas* formulen, pero mientras se conserve la idea de que tales reglas pueden igualmente bien asumir una cualquiera de varias formas, o que son importantes únicamente como uno entre muchos medios posibles para fines específicos, ellas seguirán siendo distintas de las reglas que en la vida individual o social poseen el *status* característico de la moral. Por supuesto no todas las reglas del derecho internacional son de este tipo formal, o arbitrario, o moralmente neutro. Lo importante es únicamente que las reglas jurídicas *pueden*, y las reglas morales *no pueden*, ser de este tipo.

La diferencia de carácter entre el derecho internacional y cualquier cosa que naturalmente concebimos como moral tiene otro aspecto. Aunque una norma jurídica que requiere o prohibe ciertas prácticas puede en última instancia provocar cambios en la moral de un grupo, la noción de una legislatura que sanciona o deroga reglas morales es, como vimos en el Capítulo VII, una noción absurda. Una legislatura no puede introducir una

nueva regla y darle el *status* de regla moral mediante su *fiat*, tal como no puede, por ese mismo medio, dar a una regla el *status* de una tradición, aunque las razones por las que esto es así no sean las mismas en los dos casos. De acuerdo con esto, no es que la moral simplemente carece de legislatura; la idea misma de cambio por *fiat* legislativo humano es repugnante a la idea de moral.

Esto es así porque concebimos a la moral como el criterio último mediante el cual son evaluadas las acciones humanas (legislativas o de otro tipo). El contraste con el derecho internacional es claro. Nada hay en la naturaleza o en la función del derecho internacional que sea análogamente incompatible con la idea de que las reglas pudieran estar sometidas a cambio por vía legislativa; la ausencia de una legislatura no es más que una ausencia que muchos conciben como un defecto que un día será subsanado.

Finalmente debemos destacar que en la teoría del derecho internacional se hace un argumento paralelo al argumento, criticado en el Capítulo V, de que aun cuando algunas reglas particulares del derecho nacional pueden hallarse en conflicto con la moral, no obstante ello el sistema como un todo tiene que reposar sobre una convicción generamente difundida de que hay una obligación moral de obedecer sus reglas, aunque esto pueda dejarse a un lado en casos excepcionales especiales. Se ha dicho a menudo en la discusión de los "fundamentos" del derecho internacional que, en última instancia, las reglas de derecho internacional *tienen que* descansar en la convicción de los estados de que existe la obligación moral de obedecerlas; sin embargo, si esto significa algo más que decir que las obligaciones que ellos reconocen no pueden ser impuestas mediantes sanciones oficialmente organizadas, parece no haber razón para aceptarlo. Por supuesto es posible pensar en circunstancias que ciertamente justificarían afirmar que un estado consideró que cierta conducta exigida por el derecho internacional era moralmente obligatoria, y actuó guiado por esa consideración. Podría, por ejemplo, seguir cumpliendo las obligaciones de un tratado oneroso en razón del mani-

fiesto daño a la humanidad que sobrevendría si se hiciera tambalear la confianza en los tratados, o en razón de que simplemente es justo soportar las molestas cargas de un cuerpo de normas que, a su vez, le significó ventajas en el pasado cuando las cargas pesaban sobre otros. No debe demorarnos aquí la cuestión de saber precisamente de quien son los motivos, pensamientos y sentimientos que han de ser atribuidos al estado en tales asuntos de convicción moral.

Pero aunque *puede* haber tal sentimiento de obligación moral, es difícil ver por qué o en qué sentido el mismo *tiene que* existir como una condición de la existencia del derecho internacional. Resulta claro que en la práctica de los estados ciertas reglas son regularmente respetadas aun al costo de ciertos sacrificios; se formulan reclamaciones con base en ellas; las trangresiones exponen al transgresor a críticas serias, y se considera que justifican pedidos de compensación o represalias. Estos son, ciertamente, todos los elementos exigidos para dar fundamento al enunciado de que existen reglas entre los estados que les imponen obligaciones. La prueba de que existen reglas "obligatorias" en una sociedad cualquiera, es simplemente que ellas son concebidas de esa manera, que en el lenguaje se alude a ellas en esos términos y que funcionan como tales. ¿Qué más hace falta como "fundamentación" y por qué, si se requiere más, habría de ser un fundamento de obligación moral? Es verdad, por supuesto, que en las relaciones entre los estados no podrían existir ni funcionar reglas si una mayoría preponderante no las aceptara y no cooperara en forma voluntaria con el mantenimiento de ellas. También es verdad que la presión ejercida sobre quienes transgreden o amenazan con transgredir las reglas suele ser relativamente débil, y ha estado por lo común descentralizada o no organizada. Pero tal como ocurre con los individuos, que aceptan voluntariamente el sistema del derecho nacional, provisto de una fuerza coercitiva mucho mayor, los motivos para que se apoye voluntariamente tal sistema pueden ser en extremo diversos. Bien puede ser que toda forma de orden jurídico adquiere su estado más saludable cuando hay un sentimiento generalmente difun-

dido de que es moralmente obligatorio conformarse a él. Sin embargo la adhesión al derecho puede no estar motivada por ello, sino por cálculos de intereses mediatos, o por el deseo de continuar una tradición, o por una preocupación desinteresada por los demás. No parece haber ninguna buena razón para señalar alguno de estos motivos como una condición necesaria de la existencia del derecho entre los individuos o entre los estados.

5. ANALOGIAS DE FORMA Y DE CONTENIDO

Para la mirada inocente, la estructura formal del derecho internacional, que carece de una legislatura, de tribunales con jurisdicción compulsiva y de sanciones oficialmente organizadas, parece muy diferente de la del derecho nacional. Se asemeja en la forma como hemos dicho, aunque de modo alguno en el contenido, a un régimen simple de derecho consuetudinario o primitivo. Sin embargo algunos teóricos, en su ansiedad por defender contra el escéptico el título que el derecho internacional tiene para ser llamado "derecho", han cedido a la tentación de minimizar estas diferencias formales, y de exagerar las analogías con la legislación u otras deseables características formales del derecho nacional, que podemos hallar en el derecho internacional. Así, se ha pretendido que una guerra que concluye con un tratado por el cual la potencia derrotada cede territorio, o asume obligaciones, o acepta alguna forma disminuida de independencia, es esencialmente un acto legislativo porque, como la legislación, es un cambio jurídico impuesto. Pocos se dejarán impresionar hoy por esta analogía, o pensarán que es útil para mostrar que el derecho internacional tiene el mismo título que el derecho nacional para ser llamado "derecho"; porque una de las diferencias notorias entre el derecho nacional y el derecho internacional es que el primero, a diferencia del segundo, usualmente no reconoce validez a acuerdos arrancados por la fueza.

Una diversidad de otras analogías, más respetables, han sido subrayadas por aquellos que consideran que el título de "derecho" depende de ellas. Se ha destacado a menudo el hecho de que en casi todos los casos la decisión de la Corte Internacional

y de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, ha sido debidamente cumplimentada por las partes, como si esto de alguna manera compensara el hecho de que, en contraste con lo que ocurre ante los tribunales internos, ningún estado puede ser llevado ante estos tribunales internacionales sin su consentimiento previo. Se han encontrado también analogías entre el uso de la fuerza, jurídicamente regulada y oficialmente administrada como una sanción en el derecho nacional, y las "sanciones descentralizadas", esto es, el recurso a la guerra o a las represalias por parte de un estado que pretende que los derechos que le acuerda el derecho internacional han sido violados por otro estado. Es patente que hay alguna analogía; pero su significación tiene que ser evaluada a la luz del hecho igualmente obvio de que, mientras que un tribunal interno tiene jurisdicción compulsiva para investigar la licitud o ilicitud de los actos que se dicen realizados en defensa propia (*self-help*), y para castigar el uso ilícito de ella, ningún tribunal internacional tiene una jurisdicción similar.

Puede considerarse que algunas de estas dudosas analogías han sido fortalecidas por las obligaciones que han asumido los estados con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas. Pero, de nuevo, cualquier evaluación de su fuerza vale de poco si ignora la extensión en que las provisiones de la Carta relativas a la aplicación compulsiva de sus normas, admirables en el papel, han sido paralizadas por el veto y por las divisiones y alianzas ideológicas de las grandes potencias. La réplica, que se ha hecho algunas veces, de que las provisiones sobre aplicación compulsiva de las reglas del derecho nacional también *podrían* ser paralizadas por una huelga general, es muy poco convincente; porque en nuestra comparación entre el derecho nacional o interno y el derecho internacional nos interesa lo que existe en la realidad, y aquí los hechos son innegablemente diferentes.

Hay, sin embargo, una sugerida analogía formal entre el derecho internacional y el derecho nacional que merece algún examen. Kelsen y muchos teóricos modernos insisten en que, a semejanza del derecho interno, el derecho internacional posee, y en

verdad tiene que poseer, una "norma básica", o lo que hemos llamado una regla de reconocimiento, por referencia a la cual se determina la validez de las otras reglas del sistema, y en virtud de la cual las reglas constituyen un sistema único. El punto de vista opuesto es que esta analogía de estructura es falsa: el derecho internacional consiste simplemente en un *conjunto* de reglas primarias de obligación separadas, que no están unidas de esa manera. Se trata, según la terminología usual de los internacionalistas, de un conjunto de reglas consuetudinarias, una de las cuales es la que da fuerza obligatoria a los tratados. Es notorio que quienes se han embarcado en la tarea han tenido dificultades muy grandes para formular la "norma básica" del derecho internacional. Entre los candidatos para ocupar esa posición se cuenta el principio *pacta sunt servanda*. Esta idea, sin embargo, ha sido abandonada por la mayoría de los teóricos, puesto que parece incompatible con el hecho de que no todas las obligaciones que surgen de acuerdo con el derecho internacional nacen de "*pacta*", por amplia que sea la interpretación que se de a este término. Así ha sido reemplazada por algo menos familiar: la llamada regla de que "los estados deben conducirse como acostumbran a hacerlo".

No discutiremos los méritos de ésta y de otras fórmulas rivales de la norma básica del derecho internacional; en lugar de ello cuestionaremos la presuposición de que el derecho internacional tenga que incluir tal elemento. Aquí la primera, y quizás la última, pregunta a formular es: ¿por qué hemos de hacer esta presuposición *a priori* (porque eso es lo que ella es) y prejuzgar así respecto del carácter efectivo de las reglas del derecho internacional? Porque es ciertamente concebible (y quizás tal ha sido a menudo el caso) que una sociedad puede vivir según reglas que imponen obligaciones a sus miembros, aun cuando ellas son simplemente consideradas como un conjunto de reglas separadas, que no están unidas por ninguna regla más básica, ni derivan su validez de ella. Es obvio que la mera existencia de reglas no implica la existencia de tal regla básica. En la mayoría de las sociedades modernas hay reglas de etiqueta, y, aunque no las concebimos como que imponen obligaciones, bien podemos decir que

esas reglas existen; sin embargo no buscamos, ni podríamos encontrar, una regla básica de etiqueta de la que se derivara la validez de las reglas separadas. Tales reglas no forman un sistema sino un mero conjunto, y, por supuesto, los inconvenientes de una forma de control social de este tipo, cuando están en juego cuestiones más importantes que las de la mera etiqueta, son considerables. Ya han sido descriptos en el Capítulo V. Sin embargo, si en los hechos se aceptan reglas como pautas o criterios de conducta, y se las sustenta con las formas apropiadas de presión social distintivas de las reglas obligatorias, no se requiere nada más para mostrar que ellas son reglas obligatorias, aun cuando, en esta forma simple de estructura social, falta algo que aparece en el derecho nacional: a saber, una manera de demostrar la validez de las reglas individuales por referencia a alguna regla última del sistema.

Hay, por supuesto, una cantidad de preguntas que podemos formular acerca de reglas que no constituyen un sistema sino un simple conjunto. Podemos, por ejemplo, formular preguntas sobre su origen histórico, o preguntas relativas a las influencias causales que han estimulado el crecimiento de las reglas. Podemos también formular preguntas sobre el valor de las reglas para aquellos que viven según ellas, y si esas personas se consideran moralmente obligadas a obedecerlas, o si las obedecen por algún otro motivo. Pero en este caso más simple no podemos hacer un tipo de pregunta que podemos formular respecto de las reglas de un sistema enriquecido, como lo está el derecho nacional, por una norma básica o regla secundaria de reconocimiento. En el caso más simple no podemos preguntar: "¿De qué provisión última del sistema se deriva la validez o 'fuerza obligatoria' de las reglas aisladas?". Porque no hay tal provisión y no hace falta que la haya. Por lo tanto, es un error suponer que una regla básica o regla de reconocimiento es una condición necesaria general de la existencia de reglas de obligación o reglas "obligatorias". No es una necesidad, sino un lujo, que encontramos en sistemas sociales adelantados cuyos miembros no solamente llegan a aceptar fragmentariamente las reglas separadas, sino que están comprometidos a aceptar de antemano clases generales de reglas, distingui-

das por criterios generales de validez. En la forma más simple de sociedad tenemos que esperar y ver si una regla llega a ser aceptada como tal o no; en un sistema con una regla básica de reconocimiento, antes de que una regla sea efectivamente dictada podemos decir que *será* válida *si* satisface los requisitos de la regla de reconocimiento.

El mismo punto puede ser presentado de manera diferente. Cuando se añade tal regla de reconocimiento al conjunto simple de reglas aisladas, esto no sólo trae consigo las ventajas del sistema y la facilidad de la identificación, sino que hace posible por vez primera enunciados de una nueva forma. Estos son enunciados internos sobre la validez de las reglas; porque ahora podemos preguntar en un nuevo sentido "¿qué provisión del sistema hace obligatoria esta regla?" o, en el lenguaje de Kelsen, "¿cuál es, dentro del sistema, la razón de su validez?". Las respuestas a estas nuevas preguntas están dadas por la regla básica de reconocimiento. Pero aunque en la estructura más simple la validez de las reglas no puede ser así demostrada por referencia a una regla más básica, esto no significa que haya alguna cuestión relativa a las reglas o a su fuerza obligatoria o validez que quede sin explicar. No es el caso de que haya algún misterio acerca de por qué son obligatorias las reglas en tal estructura social simple, que se resolvería con una regla básica, si pudiéramos encontrarla. Las reglas de la estructura simple, como la regla básica de los sistemas más avanzados, son obligatorias si son aceptadas y funcionan como tales. Estas verdades simples sobre formas diferentes de estructura social pueden, sin embargo, ser fácilmente oscurecidas por la obstinada búsqueda de unidad y sistema donde estos deseables elementos no pueden ser realmente hallados.

Hay en verdad algo cómico en los esfuerzos hechos para modelar una regla básica para las formas más simples de estructura social que existen sin ella. Es como si insistiéramos en que un salvaje desnudo *tiene* realmente que estar vestido con alguna variedad invisible de vestimenta moderna. Por desdicha, también hay aquí una permanente posibilidad de confusión. Podemos ser persuadidos a tratar como una regla básica algo que es

una repetición vacía del mero hecho de que la sociedad en cuestión (de individuos o de estados) observa ciertas pautas o criterios de conducta como reglas obligatorias. Este es ciertamente el *status* de la extraña norma básica que ha sido sugerida para el derecho internacional: "Los estados deben conducirse como acostumbran a hacerlo". Porque no dice nada más que esto: que quienes aceptan ciertas reglas tienen que observar también una regla que dice que las reglas deben ser observadas. Esta es una mera reduplicación inútil del hecho de que los estados aceptan un conjunto de reglas como obligatorias.

También aquí, una vez que nos liberamos de la presuposición de que el derecho internacional *tiene que* contener una regla básica, la cuestión que enfrentamos es una cuestión de hecho. ¿Cuál es el carácter efectivo de las reglas tal como funcionan en las relaciones entre los estados? Son posibles, por cierto, diferentes interpretaciones de los fenómenos a ser observados; pero nos permitimos sostener que no hay regla básica que establezca criterios generales de validez para las reglas del derecho internacional, y que las reglas que son de hecho operativas constituyen no un sistema sino un conjunto de reglas, entre las cuales están las que establecen la fuerza obligatoria de las tratados. Es verdad que, en muchas cuestiones importantes, las relaciones entre los estados están reguladas por tratados multilaterales, y se alega a veces que estos pueden obligar a estados que no son parte. Si esto fuera generalmente reconocido, tales tratados serían en realidad actos legislativos y el derecho internacional tendría distintos criterios de validez para sus reglas. Podría entonces formularse una regla básica de reconocimiento que representaría una característica efectiva del sistema y no una mera reformulación vacía del hecho de que en la práctica los estados observan un conjunto de reglas. Quizás el derecho internacional está hoy en una etapa de transición orientada hacia la aceptación de esta y otras formas, que lo aproximarían en estructura a un sistema nacional. Si esta transición se completara, las analogías formales, que al presente parecen magras y aún engañosas, adquirirían sustancia, y las últimas dudas del escéptico sobre la cualidad "jurídica" del derecho interna-

cional podrían entonces disiparse. Mientras esta etapa no se alcance, las analogías son por cierto de función y contenido, no de forma. Las de función aparecen más claramente cuando reflexionamos sobre las maneras en que el derecho internacional difiere de la moral, algunas de las cuales fueron examinadas en el último apartado. Las analogías de contenido consisten en el campo de principios, conceptos y métodos que son comunes al derecho nacional y al derecho internacional, y hacen que la técnica de los juristas sea libremente transferible de uno al otro. Bentham, inventor de la expresión "derecho internacional", la defendía diciendo que era "suficientemente análogo"[1] al derecho nacional. Quizás valga la pena añadir dos comentarios a esto. Primero, que la analogía es de contenido y no de forma; segundo, que en esta analogía de contenido, no hay otras reglas sociales que estén tan cerca del derecho nacional como las del derecho internacional.

[1] *Principles of Morals and Legislation*, XVII, 25, n. 1.

NOTAS

El texto de este libro es autosuficiente, y el lector hallará ventajoso leer íntegramente cada capítulo antes de pasar a estas notas. Las notas de pie de página, intercaladas en el texto, sólo suministran las fuentes de las citas que en él se hacen, y las referencias de los casos y leyes mencionados en el mismo. Las notas siguientes están dirigidas a proporcionar al lector materiales de tres tipos diferentes, a saber: (i) nuevos ejemplos o ilustraciones de enunciados generales hechos en el texto; (ii) obras o artículos en los que se desarrollan o critican con mayor extensión los puntos de vista adoptados o aludidos en el texto; (iii) sugestiones para una investigación adicional de las cuestiones que el libro plantea. Todas las referencias a este libro están indicadas simplemente mediante los números de capítulo y apartado; p. e.: Capítulo I, ap. 1. He usado las siguientes abreviaturas:

Austin, *The Province*	Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (ed. Hart, Londres 1954).
Austin, *The Lectures*	Austin, *Lectures on the Philosophy of Positive Law.*
Kelsen, *General Theory*	Kelsen, *General Theory of Law and State.*
B.Y.B.I.L.	*British Year Book of International Law*
H.L.R.	*Harvard Law Review*
L.Q.R.	*Law Quarterly Review*
M.L.R.	*Modern Law Review*
P.A.S.	*Proceedings of the Aristotelian Society*

CAPITULO I

Pág. 2. Cada una de las citas de Llewellyn, Holmes, Gray, Austin y Kelsen, hechas en estas páginas, son formas paradójicas o exageradas de destacar algunos aspectos del derecho que, según la opinión del respectivo autor, son oscurecidos por la terminología jurídica ordinaria, o bien han sido indebidamente desatendidos por los teóricos anteriores. En el caso de cualquier jurista importante, es frecuentemente provechoso posponer la consideración de la pregunta acerca de si sus enunciados sobre el derecho son literalmente verdaderos o falsos, y examinar en pri-

mer término las razones detalladas dadas por él en apoyo de sus enunciados y, en segundo término, la concepción o teoría que sus enunciados tratan de desplazar.

Es familiar en el campo de la filosofía un uso similar de afirmaciones paradójicas o exageradas, como método para destacar verdades desatendidas. Ver J. Wisdom, "Metaphysics and Verification" en *Philosophy and Psychoanalysis* (1953); Frank, *Law and the Modern Mind* (Londres, 1949), Apéndice VII ("Notas sobre ficciones").

Las doctrinas expresadas o implícitas en cada una de las cinco citas hechas en esta página son examinadas en el capítulo VII, ap. 2 y 3 (Holmes, Gray y Llewellyn); en el capítulo IV, ap. 3 y 4 (Austin); y en el capítulo III, ap. 1, páginas 45-53, (Kelsen).

Pág. 5. *Casos típicos y casos marginales.* La característica del lenguaje aludida aquí es examinada, en términos generales, bajo el título "La textura abierta del derecho" en el capítulo VII, apartado 1. Dicha característica es algo que debe ser tenido en cuenta no sólo cuando se busca expresamente una definición de términos generales como "derecho", "estado", "delito", etc., sino también cuando se intenta caracterizar el razonamiento involucrado en la aplicación de reglas, formuladas en términos generales, a casos particulares. Entre los autores de derecho que han subrayado la importancia de esta característica del lenguaje se encuentran: Austin, *The Province*, Conferencia VI, págs. 202-7 y *Lectures in Jurisprudence* (5a. ed., 1885) p. 997 ("Nota sobre Interpretación"); Glanville Williams, "International Law and the Controversy

the Law" (5 artículos), 61 y 62 *L.Q.R.* (1945-6). Sobre el último ver, sin embargo, los comentarios de J. Wisdom en "Gods" y en "Philosophy, Metaphysics and Psycho-Analysis", ambos en *Philosophy and Psycho-Analysis* (1953).

Pág. 8. *El concepto de obligación en Austin.* Ver *The Province*, Conferencia I, págs. 14-18; *The Lectures*, Conferencias 22 y 23. En el capítulo V, ap. 2, se examina en detalle la idea de obligación y la diferencia entre "tener una obligación" y "verse obligado" por coerción. Sobre el análisis de Austin ver notas al capítulo II, *infra*, pág. 299.

Pág. 9. *Obligación jurídica y moral.* La pretensión de que el derecho es comprendido mejor a través de su conexión con la moral es examinada en los capítulos VIII y IX. Ella ha asumido muchísimas formas diferentes. A veces, como ocurre en las teorías clásica y escolástica del Derecho Natural, esta pretensión está ligada a la afirmación de que las distinciones morales fundamentales son "verdades objetivas" que pueden ser descubiertas por la razón humana; pero muchos otros juristas,

igualmente interesados en destacar la interdependencia del derecho y la moral, no sustentan esta opinión sobre la naturaleza de la moral. Ver notas al capítulo IX, *infra*, pág. 320.

Pág. 13. *La teoría jurídica escandinava y la noción de regla obligatoria.* Los trabajos más importantes de esta escuela, para los lectores de habla inglesa, son *Inquiries into the Nature of Law and Morals,* de Hägerström (1868-1939), traducción de Broad, 1953, y *Law as Fact* (1939) de Olivecrona. El enunciado más claro de sus opiniones sobre el carácter de las reglas jurídicas se halla en Olivecrona, op. cit. Su crítica del análisis predictivo de las reglas jurídicas, análisis que muchos juristas norteamericanos aprueban (ver op. cit., págs. 85-88, 213-15), puede compararse a la crítica similar de Kelsen, *General Theory* (págs. 165 y sig. "La predicción de la función jurídica"). Es de interés indagar por qué estos dos juristas extraen conclusiones tan diferentes acerca del carácter de las reglas jurídicas, no obstante estar de acuerdo en muchos puntos. Para críticas a la Escuela Escandinava, ver Hart, comentario a Hägerström, op. cit. en 30 *Philosophy* (1955); "Scandinavian Realism", *Cambridge Law Journal* (1959); Marshall, "Law in a Cold Climate", *Juridical Review* (1956).

Pág. 14. *El escepticismo ante las reglas en la teoría jurídica norteamericana.* Ver capítulo VII, ap. 1 y 2, sobre "Formalismo y escepticismo ante las reglas", donde se examinan algunas de las principales doctrinas que han recibido el nombre de "realismo jurídico".

Pág. 15. *Duda acerca del significado de palabras comunes.* Para casos sobre el significado de "firmar" o "firma" ver Halsbury, *Laws of England* (2a. ed.) t. 34, par. 165-9 y In the Estate of Cook (1960), 1 A. E. R. 689, y casos allí citados.

Pág. 16. *Definición.* Para un punto de vista moderno sobre las formas y funciones de la definición, ver Robinson. *Definition* (Oxford, 1952). El carácter inadecuado de la definición tradicional *per genus et differentiam* como método para clarificar los términos jurídicos es examinado por Bentham, *Fragment on Government* (notas al capítulo V, sección 6), y por Ogden, *Bentham's Theory of Fictions* (págs. 75-104). Ver también Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence", 70 L.Q.R. (1954), y Cohen y Hart, "Theory and Definition in Jurisprudence" *P.A.S.* Suppl. vol. XXIX (1955).

op cit.; R. Wollheim, "The Nature of Law", en 2 *Political Studies* (1954); y Kantorowicz, *The Definition of Law* (1958), especialmente capítulo I. Sobre la necesidad general y la función clarificadora de una definición de los términos, aunque no se experimenten dudas acerca

de su uso cotidiano en los casos particulares, ver Ryle, *Philosophical Arguments* (1945); Austin, "A Plea for Excuses", 57, *P.A.S.* (1956-57), págs. 15 y sig.

Pág. 18. *Términos generales y cualidades comunes.* La creencia no crítica de que si un término general (por ejemplo , "derecho", "estado", "nación", "delito", "bueno", "justo") es correctamente usado entonces todos los casos a los que se aplica tienen que poseer "cualidades comunes" ha sido fuente de mucha confusión. Mucho tiempo y mucho ingenio han sido desperdiciados en el campo de la teoría jurídica en el intento vano de descubrir, con propósitos de definición, las cualidades comunes que, según este modo de ver, son consideradas como la *única* razón respetable para usar la misma palabra respecto de muchas cosas diferentes (ver Glanville Williams, op. cit. Es importante advertir, sin embargo, que esta opinión equivocada sobre el carácter de los términos generales no trae aparejada siempre la confusión adicional de "cuestiones verbales" con cuestiones de hecho, que este autor sugiere).

La comprensión de las diferentes maneras en que los ejemplos diversos de un término general pueden estar relacionados, tiene importancia particular en el caso de los términos jurídicos, morales y políticos. Sobre la analogía: ver Aristóteles, Etica a Nicomaco, i, cap. 6 (donde se sugiere que los diversos casos de "bueno" pueden estar relacionados de esa manera), Austin, *The Province*, Conferencia V, págs. 119-24. Para relaciones diferentes con un caso central, por ejemplo, saludable: ver Aristóteles, *Categorías*, cap. I y ejemplos en *Tópicos*, I, capítulo 15, ii, capítulo 9, sobre "parónimos". Para la noción de "parecido de familia", ver Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, i, par. 66-76. Cf. Capítulo VIII, ap. I, sobre la estructura de la palabra "justo". El consejo de Wittgenstein (op. cit. par. 66) es peculiarmente relevante para el análisis de los términos jurídicos y políticos. Considerando la definición de "juego" dice Wittgenstein. "No digáis que *tiene* que haber algo común o no se los llamaría "juegos"; *mirad* y *ved* si hay en realidad algo común. Porque si los observáis no veréis nada común a *todos* sino semejanzas, relaciones, toda una serie de ellas" (a whole series at that).

CAPITULO II

Pág. 23. *Las variedades de imperativos.* La clasificacion de los imperativos como "órdenes", "súplicas", "mandatos" etc., que depende de muchas circunstancias tales como la situación social y la relación de las partes y sus intenciones respecto del uso de la fuerza, es un tema de investigación hasta ahora virtualmente no explorado. La mayor parte

de la discusión filosófica de los imperativos se refiere a (1) las relaciones entre el lenguaje imperativo y el lenguaje indicativo o descriptivo, y las posibilidades de reducir el primero al último (ver Bohnert, "The Semiotic Status of Commands", 12 *Philosophy of Science* (1945), o bien a (2) el problema de si existen relaciones deductivas entre los imperativos y, en caso afirmativo, cuáles son (ver Hare "Imperative Sentences", *Mind*, lviii (1949), también *The Language of Morals* (1952); Hofstadter y Mc. Kinsey, "The Logic of Imperatives", 6 *Philosophy of Science* (1939); Hall, *What is Value* (1952), *Cap.* 6; y Ross, "Imperatives and Logic", 11 *Philosophy of Science* (1944). El estudio de estas cuestiones lógicas es importante; pero también es muy necesaria una discriminación de las variedades de imperativos con referencia a las situaciones sociales contextuales. Preguntarse en cuáles ejemplos típicos de situación frases usadas en el modo gramatical imperativo serían clasificadas normalmente como "órdenes", "súplicas", "pedidos", "mandatos", "directivas", "instrucciones", etc., es un método para describir no simplemente hechos sobre el lenguaje, sino también las similaridades y diferencias, reconocidas por el lenguaje, entre diversas situaciones y relaciones sociales. La apreciación de ellas tiene gran importancia para el estudio del derecho, la moral y la sociología.

Pág. 23. *Los imperativos como expresiones del deseo de que otros actúen o se abstengan de actuar.* Al caracterizar de esta manera el uso típico del modo imperativo en el lenguaje, hay que tener cuidado de distinguir el caso en que el orador se limita a revelar que desea que otro actúe de cierta manera como una información sobre sí mismo, del caso en que el orador habla con la intención de que el otro se sienta movido por ello a actuar de acuerdo con los deseos de aquél. En el primer caso el uso del indicativo, y no el del imperativo, sería lo apropiado (sobre esta distinción ver Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Capítulo 3, Sección 4, págs. 116|26). Pero aunque es necesario, no es suficiente caracterizar el uso típico del modo imperativo señalando que el propósito del orador al hablar es que el otro actúe de la manera que el primero desea; porque es también necesario que el orador se proponga que la persona a quien se dirige reconozca que ese es su propósito al hablar y que sea influida por ello a actuar como el orador desea. Para esta complicación (que es dejada a un lado en el texto) ver Grice, "Meaning", 66 *Philosophical Review* (1957) y Hart, "Signs and Words", 2 *Philosophical Quarterly* (1952).

Pág. 24. *La situación del asaltante, órdenes y obediencia.* Una de las dificultades que enfrentamos en el análisis de la noción general de "imperativo" es que en inglés no existe ninguna palabra para designar lo que es común a las órdenes, mandatos, pedidos, y muchas otras va-

riedades, es decir, la expresión de la intención de que otro realice o no alguna acción; del mismo modo no existe ninguna única palabra para designar la realización o abstención de dicha acción. Todas las expresiones naturales, tales como "orders" ("órdenes"), "demands" ("exigencias"), "obedience" ("obediencia"), "compliance" ("cumplimiento"), están coloreadas por las notas especiales de las diferentes situaciones en que son normamente usadas. Aun las más incoloras de ellas, por ejemplo "telling to", sugiere algún ascendiente de una parte sobre la otra. A los fines de describir la situación del asaltante hemos escogido las expresiones "órdenes" y "obediencia" por cuanto sería perfectamente natural decir que el asaltante *ordenó* al empleado que le entregara el dinero, y que éste *obedeció*. Es cierto que los *sustantivos* abstractos "orders" ("órdenes") y "obedience" (obediencia") no serían usados naturalmente en inglés para describir esta situación, toda vez que al primero se le acopla cierta sugestión de autoridad, y la obediencia es comúnmente considerada una virtud. Pero al exponer y criticar la teoría del derecho como órdenes coercitivas hemos usado los sustantivos "órdenes" y "obediencia", así como los verbos "ordenar" y "obedecer", sin esas implicaciones de autoridad o virtud. Esto es una cuestión de conveniencia y no prejuzga sobre ningún problema. Tanto Bentham (en *Fragment on Government*, capítulo i, nota al parágr. 12) como Austin (*The Province*, pág. 14) usan la palabra "obediencia" de esta manera. Bentham tuvo conciencia de todas las dificultades mencionadas aquí (ver *The Limits of Jurisprudence Defined*, pág. 199, nota 14).

Pág. 26. *Las normas jurídicas como órdenes coercitivas*: *relación con la doctrina de Austin*. El modelo simple del derecho como órdenes coercitivas construido en el apartado 2 de este capítulo difiere de la doctrina de Austin en *The Province* en los siguentes aspectos.

(*a*) *Terminología*. Las frases "orden respaldada por amenazas" y "órdenes coercitivas" son usadas en lugar de "mandato" ("command") por las razones dadas en el texto.

(*b*) *Generalidad de las normas*. Austin (op. cit. pág. 19) distingue entre "laws" ("prescripciones jurídicas") y "particular commands" ("mandatos particulares") y afirma que un mandato es una prescripción jurídica o regla si "obliga en forma general a una clase de actos u omisiones". De acuerdo con este modo de ver, un mandato sería una prescripción jurídica aun cuando estuviera "dirigida" por el soberano a un único individuo, siempre que exigiera de éste hacer u omitir una clase o tipo de acción y no simplemente un acto aislado o un conjunto de acciones diferentes especificadas en forma individual. En el modelo de sistema jurídico construido en el texto las órdenes son generales, tanto en el sentido de que se aplican a clases de individuos como en el sentido de que se refieren a clases de actos.

(*c*) *Temor y obligación.* Austin sugiere ocasionalmente que una persona sólo está obligada si *efectivamente* teme la sanción (op. cit. págs. 15 y 24, y *The Lectures,* Conferencia 22 (5a. edición) p. 444, "La parte está *obligada a hacer* u omitir porque está expuesta a sufrir el mal y porque lo teme"). Su doctrina principal parece ser, sin embargo, que basta que haya la "*posibilidad más pequeña* de sufrir el mal más leve", sea que el obligado lo tema o no. (*The Province,* pág. 16). En el modelo del derecho como órdenes coercitivas hemos establecido únicamente que debe haber una *creencia general* en que probablemente a la desobediencia seguirá el mal amenazado.

(*d*) *Poder y obligación jurídica.* Del mismo modo, en sus análisis del mandato (command) y de la obligación, Austin sugiere al comienzo que el autor del mandato tiene que tener efectivamente el poder (ser "capaz y deseoso") de aplicar el eventual mal; pero más adelante debilita esta exigencia y habla de la más pequeña posibilidad del mal más leve (op. cit., págs. 14 y 16). Sobre estas ambigüedades en las definiciones que Austin da de mandato y obligación, ver Hart, "Legal and Moral Obligation", en Melden, *Essays in Moral Philosophy* (1958), y Capítulo V, ap. 2.

(*e*) *Excepciones.* Austin considera que las prescripciones jurídicas declarativas, las permisivas (por ejemplo, las que derogan una prescripción jurídica anterior) y las imperfectas, son excepciones a su definición general del derecho en términos de mandato (op. cit., págs. 25-29). Ello no ha sido tomado en cuenta en el texto de este capítulo.

(*f*) *La legislatura como soberano.* Austin sostenía que en una democracia el electorado, no sus representantes en la legislatura, constituye el cuerpo soberano o forma parte de él, aunque en el Reino Unido el electorado únicamente hace uso de su soberanía para designar sus representantes y delegarles el resto de sus poderes soberanos. Aunque pretendía que "hablando con precisión" esta es la posición verdadera, se permitía hablar (como lo hacen todos los constitucionalistas) del Parlamento como titular de la soberanía (op. cit., Conferencia VI, págs. 228-35). En el texto de este capítulo una legislatura como el Parlamento inglés es identificada con el soberano; véase, empero, Capítulo IV, ap. 4, para un examen detallado de este aspecto de la doctrina de Austin.

(*g*) *Refinamientos y atenuaciones de la doctrina de Austin.* En capítulos posteriores de este libro se consideran en detalle ciertas ideas que han sido usadas para defender la teoría de Austin de las críticas, aunque ellas no han sido reproducidas en el modelo construido en este capítulo. Estas ideas fueron introducidas por el propio Austin, aunque en forma esquemática o incipiente, anticipando doctrinas de autóres posteriores, tales como Kelsen. Ellas incluyen la noción de un mandato "tácito" (ver capítulo III, ap. 3, *supra,* pág. 57 y Capítulo IV, ap. 2,

supra pág. 80; la nulidad como sanción (Capítulo III, ap. 1); la doctrina de que el "verdadero" derecho es una regla dirigida a funcionarios exigiéndoles la aplicación de sanciones (Capítulo III, ap. 1); el electorado como una legislatura soberana extraordinaria (Capítulo IV, ap. 4); la unidad y continuidad del cuerpo soberano (Capítulo IV, ap. 4, pág. 94). En cualquier valoración de Austin hay que atender a las observaciones de W. L. Morison "Some Myth about Positivism", 68 *Yale Law Journal*, (1958), quien corrige serias confusiones sobre Austin en que incurrieron autores anteriores. Ver también A. Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico.* (1959), Cap. 5.

CAPITULO III

Pag. 33. *La diversidad de normas jurídicas.* La búsqueda de una definición general del derecho ha oscurecido las diferencias de forma y de función que presentan tipos diferentes de reglas jurídicas. Lo que sostenemos en este libro es que las diferencias entre las reglas que imponen obligaciones, o deberes, y las que acuerdan potestades, tiene una importancia crucial para la teoría jurídica. La mejor manera de entender el derecho es verlo como una unión de estos dos tipos diversos de reglas. Esta es, en consecuencia, la distinción principal entre tipos de reglas jurídicas subrayada en este capítulo; se podrían hacer, sin embargo, muchas otras distinciones y, para ciertos propósitos, habría que hacerlas. (Ver Daube, *Forms of Roman Legislation* (1956), quien trae otras esclarecedoras clasificaciones de normas jurídicas, que reflejan sus diversas funciones sociales, lo que a menudo se evidencia en su forma lingüística).

Pág. 34. *Los deberes en el derecho penal y en el derecho civil.* Para concentrar la atención en la distinción entre las reglas que imponen deberes y las que confieren potestades, hemos desatendido muchas distinciones entre los deberes del derecho penal y los del derecho de los contratos y de la responsabilidad civil extracontractual. Algunos teóricos, impresionados por estas diferencias, han sostenido que en el campo contractual y en el de la responsabilidad civil extracontractual, los deberes "antecedentes" o "primarios" de realizar ciertos actos o de abstenerse de realizarlos (por ejemplo cumplir con lo estipulado en un contrato o abstenerse de injuriar) son ilusorios, y que los únicos deberes "genuinos" son los de pagar indemnización en ciertos supuestos, entre los que se encuentra el incumplimiento del llamado deber primario (Ver Holmes, *The Common Law*, capítulo 8, criticado por Buckland en *Some Reflections on Jurisprudence*, pág. 96, y en "The Nature of Contractual Obligation", 8 *Cambridge Law Journal* (1944); cf. Jenks, *The New Jurisprudence*, p. 179).

Pág. 35 *Obligation* (*obligación*) *y duty* (*deber*). En el derecho anglo-norteamericano estos términos son ahora prácticamente sinónimos, aunque salvo en los estudios abstractos sobre las exigencias del derecho (por ejemplo, el análisis de la obligación jurídica como opuesta a la obligación moral), es raro que se diga que el derecho penal impone *obligations*. Quizás los juristas usan todavía la palabra "obligation" más comúnmente para aludir a los contratos u otros casos, tal como el de la obligación de pagar indemnización por la comisión de un acto ilícito civil, en los que un individuo determinado tiene un derecho subjetivo contra otro individuo determinado (derecho *in personam*). En otros casos se usa más comúnmente "duty". Esto es todo cuanto sobrevive hoy, en el moderno uso jurídico inglés, del significado original de la *obligatio* romana como un *vinculum juris* que liga a individuos determinados (ver Salmond, *Jurisprudence*, 11ª ed., cap. 10, pág. 260 y Cap. 21; Cf. también Capítulo V, apartado 2).

Pág. 35. *Reglas que confieren potestad.* En la teoría jurídica de Europa Continental las reglas que confieren potestades jurídicas son designadas, a veces, como "normas de competencia" (Ver Kelsen, *General Theory*, p. 90 y A. Ross, *On Law and Justice* (1958), págs. 34, 50-59, 203-25). Ross distingue entre la competencia privada y la competencia social (y, así, entre disposiciones privadas tales como un contrato y actos jurídicos públicos). Este autor observa también que las normas de competencia no prescriben deberes. "La norma de competencia no es inmediatamente en sí una directiva; no prescribe un procedimiento como deber... La norma de competencia misma no dice que la persona competente está obligada a ejercer su competencia" (op. cit., pág. 207). Debe señalarse, empero, que no obstante hacer estas distinciones, Ross adopta la opinión criticada en este capítulo (*Supra*, págs. 45-53) de que las normas de competencia son reducibles a "normas de conducta" puesto que ambos tipos de normas tienen que "ser interpretados como directivas para los tribunales" (op. cit. p. 33).

Al considerar la crítica, que se hace en el texto, de los diversos intentos de eliminar la distinción entre estos dos tipos de reglas o de demostrar que ella es puramente superficial, deben recordarse otras formas de vida social en las que esta distinción se presenta como importante. En la moral, las vagas reglas que determinan si una persona ha hecho una promesa obligatoria, confieren a los individuos potestades limitadas de legislación moral y, por ello, tienen que ser distinguidas de las reglas que imponen deberes *in invitum* (ver Melden, "On Promising", 65 *Mind* (1956); Austin, "Other Minds" P.A.S. Vol. Supl. XX (1946), republicado en *Logic and Language*, 2ª serie; Hart, "Legal and Moral Obligation", en Melden, *Essays on Moral Philosophy*). Desde

este punto de vista se pueden estudiar también con provecho las reglas de cualquier juego complejo. Algunas reglas (análogas a las del derecho penal), prohiben, bajo una pena, ciertos tipos de conducta, por ejemplo, el juego brusco o la falta de respeto al árbitro. Otras reglas definen la jurisdicción de las autoridades del juego (árbitro, *linesmen*); otras, a su vez, definen lo que hay que hacer para anotarse un tanto (p. ej.: un gol). El satisfacer las condiciones para hacer un gol o un "run" señala una fase crucial en el camino a la victoria; el no satisfacerlas es no anotarse un tanto y, desde ese punto de vista, un "acto nulo". Aquí hay, *prima facie*, diferentes tipos de reglas con funciones diversas en el juego. Sin embargo un teórico podría pretender que ellas pueden y deberían ser reducidas a un tipo único, ya sea porque el no anotarse el tanto ("acto nulo") podría ser considerado como una "sanción" o pena para una conducta prohibida, ya sea porque todas las reglas podrían ser interpretadas como directivas a las autoridades para que adopten ciertas decisiones en ciertas circunstancias. Reducir de esta manera los dos tipos de reglas a un tipo único oscurecería, empero, su carácter, y subordinaría lo que tiene importancia para el juego a lo que es puramente accesorio. Vale la pena considerar en qué medida las teorías jurídicas reduccionistas, criticadas en este capítulo, oscurecen de manera similar las funciones diversas que los diferentes tipos de reglas jurídicas desempeñan en el sistema de actividad social de que forman parte.

Pág. 37. *Las reglas que confieren potestades judiciales y las reglas adicionales que imponen deberes al juez*. La distinción entre estos dos tipos de reglas se mantiene en pie aunque la misma conducta pueda ser considerada *a la vez* como un exceso de jurisdicción, que hace que una decisión sea susceptible de ser anulada, y como la transgresión de un deber según una regla especial que obliga al juez a no exceder su jurisdicción. Tal sería el caso si pudiese obtenerse una "injunction" para impedir que un juez conozca en un caso que está fuera de su jurisdicción (o se comporte de otras maneras que invalidarían su decisión) o si hubiera penas prescriptas para esa conducta. Del mismo modo, si una persona que no reúne las calidades que el derecho exige participa en procedimientos oficiales, ello puede hacerla pasible de una pena y, a la vez, provocar la nulidad del procedimiento (como ejemplo de la imposición de una pena en tales casos; ver Local Government Act. 1933, art. 76; *Rands vs. Oldroyd* (1958), 3 A. E. R. 344. Esta ley, sin embargo, establece que los procedimientos de una autoridad local no serán anulados por un defecto en las condiciones de sus miembros (ib-Schedule III, Part. 5 (5)).

Pág. 42. *La nulidad como sanción*. Austin adopta esta concepción, pero no la desarrolla, en *The Lectures,* Conferencia 23. Véanse, empero, las críticas de Buckland, op. cit., cap. 10.

Pág. 45. *Las reglas que confieren potestades como fragmentos de las reglas que impones deberes.* La versión extrema de esta teoría es elaborada por Kelsen en conjunción con la teoría de que las reglas de derecho primarias son las que prescriben que los tribunales o los funcionarios apliquen sanciones bajo ciertas condiciones (ver *General Theory* págs. 58-63 y págs. 143-4, con referencia al derecho constitucional. "Las normas de la constitución no son, pues, normas completas independientes; ellas son parte intrínseca de todas las normas jurídicas que los tribunales y otros órganos tienen que aplicar"). Esta doctrina está atenuada por su restricción a una exposición "estática" del derecho, como cosa distinta de una exposición "dinámica" ((ib-p. 144). La exposición de Kelsen se complica también por su pretensión de que en el caso de las reglas que confieren potestades privadas, por ejemplo para celebrar un contrato, la "norma secundaria" o los deberes creados por el contrato "no son una mera construcción auxiliar de la teoría jurídica" (op. cit., págs. 90 y 137). Pero en lo esencial, la teoría de Kelsen es la que criticamos en este capítulo. Para una versión más simple, ver la doctrina de Ross de que "las normas de competencia son normas de conducta en formulación indirecta" (Ross, op. cit., p. 50). Para la teoría más moderada que reduce todas las reglas a reglas que crean deberes, ver Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined,* Cap. 1-2.

Pág. 50. *Los deberes jurídicos como predicciones y las sanciones como impuestos.* Para ambas teorías ver Holmes, "The Path of the Law" (1897) en *Collected Legal Papers.* Holmes pensaba que era necesario lavar la idea de deber jurídico en "ácido cínico" porque había llegado a ser confundida con la idea de deber moral. "Llenamos la palabra con todo el contenido que extraemos de la moral" (op. cit. 173). Pero la concepción de las reglas jurídicas como pautas o criterios de conducta no requiere la identificación de aquéllas con las pautas o criterios morales (ver Capítulo V, ap. 2). Para las críticas a la identificación que hace Holmes entre el deber y la "profecía de que si él (el Mal Hombre) hace ciertas cosas será sometido a consecuencias desagradables" (loc. cit.), ver A. H. Campbell, nota bibliográfica al libro de Jerome Frank "Courts on Trial", 13 *M.L.R.* (1950); y también Capítulo V, ap. 2, Capítulo VII, ap. 2 y 3.

Los tribunales norteamericanos han tenido dificultades para distinguir una pena y un impuesto, a los fines del Art. I, Secc. 8 de la Constitución que confiere atribuciones impositivas al Congreso. Ver *Charles C. Steward Machine Co. vs. Davis,* 301 US 548 (1937).

Pág. 52. *El individuo como portador de deberes y como legislador privado.* Cf. el punto de vista de Kelsen respecto de la capacidad jurídica y la autonomía privada (*General Theory,* págs. 90 y 136).

Pág. 53. *La legislación como obligatoria para el legislador.* Para las críticas a las teorías imperativas del derecho sobre la base de que las órdenes sólo se aplican a los demás, ver Baier, *The Moral Point of View* (1958), págs. 136-9. Algunos filósofos, sin embargo, aceptan la idea de una orden dirigida a uno mismo, e incluso la usan en sus análisis de los juicios morales en primera persona (ver Hare, *The Language of Morals,* caps. 11 y 12 sobre "Ought"). Sobre la analogía, sugerida en el texto, entre la legislación y la formulación de una promesa, ver Kelsen, *General Theory,* pág. 36.

Pág. 57. *Costumbre y mandatos tácitos.* La doctrina criticada en el texto es la de Austin (Ver *The Province,* Conferencia I, págs. 30-33 y *The Lectures,* Conferencia 30). Para la noción de mandato tácito y su uso para explicar, de manera consistente con la teoría imperativa, el reconocimiento de las diversas formas de derecho, ver las doctrinas de Bentham de la "adoption" y "susception" en *The Limits of Jurisprudence Defined,* págs. 104-9; Morison, "Some Myth about Positivism", 68 *Yale Law Journal* (1958); y también Capítulo IV, ap. 2. Para la crítica a la noción de un mandato tácito, ver Gray, *The Nature and Sources of the Law,* ap. 193-9.

Pág. 61. *Las teorías imperativas y la interpretación de la ley.* La doctrina de que las normas jurídicas son esencialmente órdenes y, por ello, expresiones de la voluntad o intención de un legislador, es susceptible de muchas críticas, además de las que hemos hecho en este capítulo. Algunos críticos atribuyen a esa doctrina una equívoca concepción de la tarea de la interpretación de la ley como una búsqueda de "la intención" del legislador, concepción que no toma en cuenta el hecho de que cuando la legislatura es un complejo cuerpo artificial no sólo puede haber dificultades para descubrir su intención o suministrar prueba de ella, sino que también la frase "la intención de la legislatura" no recibe ningún significado claro. Ver Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals,* cap. iii, págs. 74-97, y para la ficción encerrada en la idea de intención legislativa, ver Payne "The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statute", *Current Legal Problems* (1956): Cf. Kelsen, *General Theory,* pág. 33, sobre la "voluntad" del legislador).

CAPITULO IV

Pág. 63. *Austin y la soberanía.* La teoría de la soberanía examinada en este capítulo es la que Austin expone en *The Province,* Conferencias V y VI. Lo hemos interpretado en el sentido de que no se limita a ofrecer ciertas definiciones formales o un esquema abstracto para la estructuración lógica de un sistema jurídico, sino que formula la aserción fác-

tica de que en toda sociedad en que hay derecho, tal como Inglaterra o Estados Unidos, hay un soberano que presenta los atributos definidos por Austin, aunque esto pueda resultar oscurecido por diferentes formas constitucionales y legales. Algunos teóricos han interpretado a Austin de manera distinta, es decir como que no formula tales aserciones fácticas (Véase Stone, *The Province and Function of Law,* capítulos 2 y 6, y especialmente págs. 60, 61, 138, 155, en las que los esfuerzos de Austin para identificar al soberano en las diversas comunidades son considerados digresiones irrelevantes). Este modo de ver la doctrina de Austin es criticado por Morison "Some Myth about Positivism", loc. cit., págs. 217-22. Cf. Sidgwick, *The Elements of Politics,* Apéndice (A) "Sobre la teoría de la soberanía de Austin".

Pág. 68. *La continuidad de la autoridad legislativa en Austin.* Las breves referencias hechas en *The Province* a las personas que "asumen la soberanía por vía de sucesión" (Conferencia V, págs. 152-4) son sugestivas pero oscuras. Austin parece admitir que para dar cuenta de la continuidad de la soberanía a través de una serie de personas que la van asumiendo sucesivamente, no son suficientes sus nociones claves de "obediencia habitual" y "mandatos", pero nunca señala con claridad cuál es el elemento adicional que hace falta. En relación con esto Austin habla de un "*título*" y de una "*pretensión*" a suceder, y también de un título "*legítimo*", aunque todas estas expresiones, tal como se las usa normalmente, implican la existencia de una *regla* que regula la sucesión y no meramente *hábitos* de obediencia a soberanos sucesivos. La explicación que da Austin de estos términos y de las expresiones "título genérico" y "el modo genérico" de adquirir soberanía, que también usa, no se compadece con su doctrina sobre el carácter "determinado" del soberano (op. cit., Conferencia V, págs. 145-55). Aquí Austin distingue el caso en que la persona o personas que son soberanas son identificadas en forma individual, por ejemplo, por el nombre, del caso en que lo son "en cuanto responden a alguna descripción genérica". Así, para tomar el ejemplo más simple, en una monarquía hereditaria la descripción genérica podría ser "el descendiente mayor de sexo masculino" de cierto antecesor; en una democracia parlamentaria sería una descripción sumamente compleja que reprodujese las condiciones o requisitos para ser miembro de la legislatura.

La opinión de Austin parece ser que cuando una persona satisface tal descripción genérica, ella tiene "título" o "derecho" a suceder. Esta explicación en términos de la *descripción genérica* del soberano, así formulada, es inadecuada, a menos que en este contexto Austin entienda por "descripción" una *regla* aceptada que regula la sucesión. Porque es patente que hay una distinción entre el caso en que cada uno de los miembros de una sociedad como *cuestión de hecho* obedece habitualmente

a quienquiera responda, en ese momento, a una cierta descripción, y el caso en que se acepta una regla y quienquiera responda a esta descripción tiene *derecho* o *título* a ser obedecido. Se trata de una diferencia paralela a la que existe entre el caso de quienes mueven habitualmente una pieza de ajedrez de cierta manera, y el de quienes, además de hacer eso, aceptan la regla de que esa es la forma *correcta* de moverla. Para que haya "derecho" a suceder o "título" a la sucesión, tiene que haber una regla que provea a la sucesión. La doctrina de Austin sobre las descripciones genéricas no puede reemplazar a tal regla, aunque claramente revela su necesidad. Para una crítica, en cierto modo similar, al hecho de que Austin no admite la noción de una regla que habilita a personas como legisladores, véase Gray, *The Nature and Sources of the Law*, cap. iii, especialmente secciones 151-7. La versión que da Austin, en el Capítulo V, de la unidad y de la capacidad corporativa o "colegiada" del cuerpo soberano, adolece del mismo defecto (ver apartado 4 de este capítulo).

Pág. 69. *Reglas y hábitos.* El aspecto interno de las reglas, que subrayamos aquí, es objeto de mayor examen en los Capítulos V, ap. 2, págs. 110 y sig. y ap. 3, pág. 122; VI ap. 1, y VII, ap. 3. Ver también Hart. "Theory and Definition in Jurisprudence", 29 *P.A.S.* vol. supl. (1955) págs. 247-50. Para un punto de vista semejante ver Winch, sobre "Reglas y Hábitos", en *The Idea of a Social Science* (1958), cap. ii, págs 57-65, cap. iii, págs. 84-94; Piddington, "Malinowski's Theory of Needs", en *Man and Culture* (edición Firth).

Pág. 75. *Aceptación general de reglas constitucionales fundamentales.* El complejo de diferentes actitudes de los funcionarios y los ciudadanos particulares frente a las reglas de derecho, que está de por medio en la aceptación de una constitución, y, con ello, en la existencia de un sistema jurídico, es examinado en el capítulo V, apartado 2, págs. 110-113 y capítulo VI, ap. 2, págs. 142-146. Ver también Jennings, *The Law and the Constitution* (3ª edición), Apéndice 3: "Una nota sobre la teoría del derecho").

Pág. 79. *Hobbes y la teoría de los mandatos tácitos. Ver supra.* Capítulo III, ap. 3, y notas al mismo; también Sidgwick, *Elements of Politics,* Apéndice A. Para la teoría "realista", parcialmente similar, de que aun las leyes de una legislatura de hoy no son derecho mientras no sean aplicadas, véase Gray, *The Nature and Sources of the Law,* Cap. 4; J. Frank, *Law and the Modern Mind,* cap. 13.

Pág. 82. *Limitaciones jurídicas a la potestad legislativa.* A diferencia de Austin, Bentham sostenía que el poder supremo podía ser limi-

tado por "convención expresa", y que las normas dictadas en transgresión de la convención serían nulas. Ver *A Fragment on Government*, cap. 4, parágrafos 26 y 34-38. El argumento de Austin contra la posibilidad de una limitación jurídica al poder del soberano se apoya en la suposición de que estar sometido a tal limitación es estar sometido a un *deber*. Ver *The Province*, Conferencia VI, págs. 254-68. En realidad, las limitaciones a la autoridad legislativa consisten en *incompetencias*, no en deberes (Ver Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (1923), cap. i).

Pág. 84. *Provisiones sobre la manera y forma de la legislación.* Más adelante, en el capítulo VII, ap. 4, págs. 185-89 consideramos nuevamente la dificultad que existe en distinguir entre estas limitaciones y las limitaciones de fondo o sustantivas al poder legislativo. Ver Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth* (1957) capítulos 1-6, donde se hace un examen exhaustivo de la distinción entre "definir" y "limitar" las atribuciones de un cuerpo soberano.

Pág. 90. *Vallas constitucionales y control judicial de constitucionalidad ("judicial review").* Sobre constituciones que no permiten el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*) ver Wheare, *Modern Constitutions*, cap. 7. Entre ellas se encuentran la de Suiza (salvo en lo que respecta a la legislación cantonal), Tercera República Francesa, Holanda, Suecia. Sobre la negativa de la Corte Suprema de los Estados Unidos a decidir alegaciones de inconstitucionalidad que originan "cuestiones políticas", ver *Luther vs. Borden*, 7 Howard, 1 12 L. Ed. 581 (1849); Frankfurter, "The Supreme Court", en 14 *Encyclopedia of the Social Sciences*, págs. 474-6.

Pág. 92. *El electorado como "legislatura extraordinaria".* Sobre el uso que Austin hace de esta noción, en su esfuerzo de escapar a la objeción de que en muchos sistemas la legislatura ordinaria está sometida a limitaciones jurídicas, ver *The Province*, Conferencia VI, págs. 222-33 y 245-51.

Pág. 94. *Los legisladores en su capacidad particular y en su capacidad oficial.* Con frecuencia Austin distingue entre los miembros del cuerpo soberano "individualmente considerados" y "considerados como miembros o en su capacidad colegiada y soberana" (*The Province*, Conferencia VI, págs. 261-6). Pero esta distinción implica la idea de una regla que regula la actividad legislativa del cuerpo soberano. Austin sólo insinúa un análisis de la noción de capacidad oficial o colegiada mediante la insatisfactoria expresión "descripción genérica" (ver *supra*, nota a la pág. 68).

Pág. 96. *Alcance limitado de las facultades de enmienda.* Ver parte final del Artículo V de la Constitución de los Estados Unidos. Los artículos 1 y 20 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1949) están colocados fuera del ámbito de la potestad de enmienda conferida por el art. 79 (3). Ver también los artículos 1 y 102 de la Constitución de Turquía.

CAPITULO V

Pág. 104. *La obligación como probabilidad de un daño amenazado.* Sobre los análisis "predictivos" del concepto de obligación, ver Austin, *The Province*, Conferencia I, págs. 15-24; y *The Lectures*, Conferencia 22; Bentham, *A Fragment on Government*, cap. 5, especialmente parágrafo 6 y nota al mismo; Holmes, *The Path of the Law*. El análisis de Austin es criticado en Hart, "Legal and Moral Obligation" en Melden, *Essays in Moral Philosophy*. Sobre la noción general de obligación, cf. Nowell-Smith, *Ethics* (1954), cap. 14.

Pág. 109. *La noción de obligación y la figura de una atadura* ('vinculum juris'). Ver A. H. Campbell, *The Structure of Stairs Institutes* (Glasgow, 1954), pág. 31. La palabra inglesa "duty" deriva, a través del francés (*devoir*) del latín *debitum*. De aquí la idea latente de una deuda.

Pág. 109. *Obligación y sentimientos de compulsión.* Ross analiza el concepto de validez en términos de dos elementos, a saber, la efectividad de la regla y "la manera en que se la experimenta como motivadora, esto es, como socialmente obligatoria". Esto implica un análisis de la noción de obligación en términos de una experiencia mental que acompaña patrones de conducta experimentados. Ver Ross, *On Law and Justice*, capítulos i y ii, y *Kritik der sogennanten praktischen Erkenntniss* (1933), p. 280. Para un examen elaborado de la idea de deber en su relación con el sentimiento, ver Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, págs. 127-200; acerca de este último trabajo, ver Broad, "Hägerström's Account of Sense of Duty and Certain Allied Experiences" 26 *Philosophy* (1951); Hart, "Scandinavian Realism" en *Cambridge Law Journal* (1959) págs. 236-40.

Pág. 110. *El aspecto interno de las reglas.* El contraste entre el punto de vista predictivo externo del observador, y el punto de vista de quienes aceptan y usan las reglas como guías, es hecho, aunque no en estos términos, por Dickinson, "Legal Rules. Their Function in the Process of Decision" 79 *University of Pennsylvania Law Review* p. 833 (1931). Cf. L. J. Cohen, *The Principles of World Citizenship* (1954),

cap. 3. Es de destacar que desde el punto de vista externo, esto es, el de un observador que no acepta las reglas de la sociedad que está observando, se pueden formular muchos tipos diferentes de enunciados, a saber, (i) el observador puede limitarse a registrar las regularidades de conducta de aquellos que cumplen con las reglas, como si fueran meros hábitos, sin referirse al hecho de que esos patrones son considerados por los miembros de la sociedad como pautas o criterios de conducta correcta; (ii) puede, además, registrar la reacción hostil regular frente a las desviaciones del patrón usual de conducta, como algo habitual, sin referirse aquí tampoco al hecho de que tales desviaciones son consideradas, por los miembros de la sociedad, como razones y justificativos para tales reacciones; (iii) puede registrar no sólo esas regularidades observables de conducta y reacciones, sino también el hecho de que los miembros de la sociedad aceptan ciertas reglas como pautas o criterios de conducta, y que la conducta y las reacciones observables son consideradas *por ellos* como exigidas o justificadas por las reglas. Es importante distinguir entre el enunciado externo de hecho que afirma que los miembros de la sociedad aceptan una determinada regla y el enunciado interno de la regla formulado por una persona que a su vez la acepta. Ver Wedberg, "Some Problems on the Logical Analysis of Legal Science", 17 *Theoria* (1951); Hart, "Theory and Definition in Jurisprudence", 29 *P.A.S.*, vol. supl. (1955) págs. 247-50. Ver también Capítulo VI, ap. 1, págs. 127-131 y 136-137.

Pág. 113. *Las reglas consuetudinarias en las comunidades primitivas.* Han existido pocas sociedades que hayan carecido por completo de órganos legislativos y jurisdiccionales y de sanciones centralmente organizadas. Para estudios de las aproximaciones más cercanas a ese estado de cosas, ver Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society;* A. S. Diamond, *Primitive Law* (1935), cap. 18; Llewellyn y Hoebel, *The Cheyenne Way* (1941).

Pág. 116. *Actividad jurisdiccional sin sanciones organizadas.* Sobre sociedades primitivas en las que se provee a la solución de las controversias mediante formas rudimentarias de actividad jurisdiccional, aunque no existe un sistema de sanciones centralmente organizadas, ver Evans-Pritchard y su idea de "anarquía ordenada", en *The Nuer* (1940), págs. 117 y siguientes, citado por Gluckman, en *The Judicial Process Among The Barotse* (1955), pág. 262. En el Derecho Romano la existencia de un elaborado sistema procesal antecedió en mucho al establecimiento de mecanismos estatales para la ejecución de las sentencias dictadas en casos civiles. Hasta bien avanzado el imperio al actor triunfante en el pleito, si el demandado no pagaba, sólo le quedaba apoderarse de este último o de sus bienes. Ver Schulz, *Classical Roman Law,* pág. 26.

Pág. 117. ***El paso del mundo pre-jurídico al mundo jurídico.*** Ver Baier, "Law and Custom" en *The Moral Point of View*, págs. 127-33.

Pág. 117. *Regla de reconocimiento.* Para un mayor examen de este elemento del sistema jurídico, y su relación con la Norma Fundamental (*Grundnorm*) de Kelsen, ver Capítulo VI, ap. 1 y Capítulo X, ap. 5, y notas a ellos.

Pág. 117. *Textos de reglas revestidos de autoridad.* En Roma, según la tradición, las XII Tablas fueron expuestas en planchas de bronce, en el mercado, como respuesta al pedido de los plebeyos de que se publicara un texto oficial, o con autoridad, del derecho. A juzgar por la escasa evidencia disponible, parece improbable que las XII Tablas se hayan apartado mucho de las reglas consuetudinarias tradicionales.

Pág. 120. *Los contratos, testamentos, etc., como ejercicio de potestades legislativas.* Para esta comparación, ver Kelsen, *General Theory*, pág. 136, sobre el acto jurídico como "creador de derecho".

CAPITULO VI

Pág. 125. *La regla de reconocimiento y la "norma fundamental" de Kelsen.* Una de las tesis centrales de este libro es que el fundamento último de un sistema jurídico no consiste en un hábito general de obediencia a un soberano jurídicamente ilimitado, sino en una regla última de reconocimiento que establece criterios dotados de autoridad para la identificación de las reglas válidas del sistema. Esta tesis se asemeja en ciertos aspectos a la concepción kelseniana de la norma básica, y, más de cerca, a la concepción de Salmond, insuficientemente elaborada por éste, de que hay "principios jurídicos últimos" (ver Kelsen, *General Theory*, págs. 110-24, 131-4, 369-73, 395-6, y Salmond, *Jurisprudence*, 11a. edición, pág. 137 y Apéndice I). En este libro he adoptado, empero, una terminología distinta a la de Kelsen, porque el punto de vista desarrollado aquí difiere del de este autor en los siguentes puntos cardinales:

1. La cuestión de si existe una regla de reconocimiento y cuál es su contenido, esto es, cuáles son los criterios de validez en un sistema jurídico determinado, es considerada a lo largo de todo este libro como una cuestión empírica, aunque relativa a hechos complejos. Esto es verdad, aunque también lo es que normalmente, cuando un jurista que opera en el interior del sistema afirma que alguna regla particular es válida, *no enuncia en forma explícita*, sino que *presupone en forma tácita*, el hecho de que la regla de reconocimiento (por referencia a la cual ha puesto a prueba la validez de la regla particular) existe como regla de reconocimiento aceptada del sistema. Si se lo controvertiera, lo que queda así presupuesto pero no expresado podría ser establecido recu-

rriendo a los hechos, esto es, a la práctica efectiva de los tribunales y funcionarios del sistema al identificar el derecho que han de aplicar. La terminología de Kelsen, según la cual la norma básica es calificada de "hipótesis jurídica" (ib. XV), de "hipotética" (ib. 396), de "regla última postulada" (ib. 113), de "regla que existe en la conciencia jurídica" (ib. 116), de "supuesto" (ib. 396), oscurece, si no contradice, el punto de vista destacado en este libro, a saber, que la cuestión de cuáles son los criterios de validez jurídica de un sistema de derecho, es una cuestión de hecho. Es una cuestión fáctica, aunque es *acerca* de la existencia de una regla. Cf. Ago, "Positive Law and International Law" en 51 *American Journal of International Law* (1957), págs. 703-7.

2. Kelsen habla de "presuponer la *validez*" de la norma básica. Por las razones dadas en el texto (págs. 134-37), no puede plantearse ninguna cuestión referente a la validez o invalidez de la regla de reconocimiento generalmente aceptada, como cuestión distinta de la de su existencia fáctica.

3. La norma básica de Kelsen tiene siempre , en cierto sentido, el mismo contenido; porque ella es simplemente en todos los sistemas jurídicos la regla que dice que debe obedecerse la constitución o a "quienes establecieron la primera constitución" (*General Theory*, págs. 115-16). Esta apariencia de uniformidad y simplicidad puede ser engañosa. Si una constitución que especifica las varias fuentes de derecho es una realidad viviente en el sentido de que los tribunales y los funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra, entonces la constitución es aceptada y efectivamente existe. Parece una duplicación innecesaria sugerir que hay otra regla más que dispone que la constitución (o quienes la "establecieron") ha de ser obedecida. Esto es particularmente claro cuando, como ocurre en el Reino Unido, no hay constitución escrita: aquí parece no haber cabida para la regla "la constitución debe ser obedecida" como cosa adicional a la regla de que deben usarse ciertos criterios de validez (p. ej. sanción por la Reina en Parlamento) para identificar el derecho. Esta es la regla aceptada y es un factor de confusión hablar de una regla que prescribe la obediencia a ella.

4. Kelsen entiende (*General Theory*, págs. 373-5, 408-10) que es lógicamente imposible considerar como válida a una regla de derecho particular y, al mismo tiempo aceptar como moralmente obligatoria una regla moral que prohibe la conducta prescripta por la regla jurídica. Tales consecuencias no se siguen de la explicación de la validez jurídica que hemos dado en este libro. Una razón para usar la expresión "regla de reconocimiento" en lugar de "norma *básica*" es evitar toda posibilidad de quedar comprometido por el punto de vista kelseniano acerca del conflicto entre el derecho y la moral.

Pág. 126. *Fuentes de derecho.* Algunos autores distinguen entre fuentes "formales" o "jurídicas" y fuentes "históricas" o "materiales" de normas (Salmond, *Jurisprudence,* 11a. edición, cap. V). Esto es criticado por Allen, *Law in the Making,* 6a. edición, pág. 260, pero esta distinción, interpretada como una diferenciación entre los sentidos de la palabra "fuente", es importante (ver Kelsen, *General Theory,* págs. 131-2 y 152-3). En un sentido (cuando se habla de fuente "material" o "histórica") la noción de fuente apunta simplemente a las influencias causales o históricas que dan cuenta de la existencia de una regla determinada en un determinado tiempo y lugar; en este sentido la fuente de ciertas reglas de derecho inglesas contemporáneas pueden ser reglas del derecho romano o canónico, o incluso reglas de moral popular. Pero cuando se dice que "la ley" es una fuente de derecho, la palabra "fuente" no se refiere a meras influencias históricas o causales, sino a uno de los criterios de validez jurídica aceptados en el sistema de derecho de que se trata. La sanción como ley por una legislatura competente es la *razón* por la que una regla legislativa determinada es derecho válido y no simplemente la *causa* de su existencia. Esta distinción entre la causa histórica y la razón de validez de una determinada regla de derecho, sólo puede ser hecha cuando el sistema contiene una regla de reconocimiento, según la cual ciertas cosas (sanción por una legislatura, práctica consuetudinaria, o precedente) son aceptadas como marcas que identifican al derecho válido.

Pero esta clara distinción entre las fuentes históricas o causales y las fuentes jurídicas o formales puede hacerse borrosa en la práctica efectiva, y es esto lo que ha llevado a autores tales como Allen (op. cit.) a criticarla. En los sistemas en los que la ley es una fuente formal o jurídica de derecho, los tribunales, al decidir los casos, están obligados a tomar en cuenta una ley relevante aunque, sin duda, tienen una considerable libertad para interpretar el significado del lenguaje legislativo (ver Capítulo VII, ap. 1). Pero a veces el juez tiene mucho más que libertad de interpretación. Cuando él considera que ninguna ley u otra fuente formal de derecho determina el caso a decidir, puede fundar su fallo, p. ej., en un texto del Digesto, o en la obra de algún jurista francés (ver, por ejemplo, Allen op. cit., 260 y sig.). El sistema jurídico no lo *obliga* a usar estas fuentes, pero está aceptado como cosa perfectamente correcta que lo haga. Ellas son, por lo tanto, más que meras influencias históricas o causales pues tales textos son reconocidos como "buenas razones" para los fallos. Quizás podríamos llamar a tales fuentes, fuentes jurídicas "permisivas" para distinguirlas tanto de las "obligatorias" o formales, como la ley, como de las históricas o materiales.

Pág. 129. *Validez jurídica y eficacia.* Kelsen distingue entre la efi-

cacia de un orden jurídico que es, en su conjunto, eficaz, y la eficacia de una norma particular (*General Theory*, págs. 41-42, 118-22). Para él una norma es válida si, y sólo si, pertenece a un sistema que es, *en su conjunto*, eficaz. Kelsen expresa esa misma idea, quizás en forma más oscura, diciendo que la eficacia del sistema como un todo es una *conditio sine qua non* (una condición necesaria), aunque *no una conditio per quam* (una condición suficiente: *sed quaere*) de la validez de sus reglas. Lo fundamental de esta distinción, expresado en la terminología de este libro, es lo siguiente. La eficacia general del sistema no es un criterio de validez proporcionado por la regla de reconocimiento de un sistema jurídico, sino que es presupuesta, aunque no es enunciada en forma explícita, cada vez que una regla del sistema es identificada como una regla válida del mismo, por referencia a sus criterios de validez, y si el sistema no es en general eficaz, no puede hacerse con sentido ningún enunciado de validez. El punto de vista adoptado en el texto difiere del de Kelsen en este particular, puesto que aquí se argumenta que aunque la eficacia del sistema es el *contexto normal* para formular enunciados de validez, no obstante ello, en circunstancias especiales, tales enunciados pueden tener sentido aunque el sistema no sea ya eficaz (ver *supra* pág. 130).

Bajo el rótulo de *desuetudo* Kelsen examina también la posibilidad de que un sistema jurídico haga depender la validez de una regla de su eficacia continuada. En tal caso la eficacia (de una norma particular) sería parte de los criterios de validez del sistema y no un mero "presupuesto" (op. cit., págs. 119-22).

Pág. 130. *Validez y predicción.* Sobre la idea de que el enunciado de que una norma es válida es una predicción de conducta judicial futura, y su especial sentimiento motivador, ver Ross, *On Law and Justice*, capítulos 1 y 2, criticado por Hart "Scandinavian Realism", en *Cambridge Law Journal* (1959).

Pág. 133. *Constituciones con poderes de enmienda limitados.* Ver los casos de Alemania occidental y Turquía en las notas al capítulo V, *supra*, pág. 308.

Pág. 138. *Categorías convencionales y estructuras constitucionales.* Sobre la división pretendidamente exhaustiva entre "derecho" y "convención", ver Dicey, *Law of the Constitution*, 10ª edición, págs. 23 y sig.; Wheare, *Modern Constitutions*, capítulo i.

Pág. 138. *La regla de reconocimiento ¿derecho o hecho?* Ver los argumentos en pro y en contra de su clasificación como hecho político, en Wade, "The Basis of Legal Sovereignty", *Cambridge Law Journal* (1955),

especialmente pág. 189 y Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, págs. 43-46.

Pág. 139. ***La existencia de un sistema jurídico, la obediencia habitual y la aceptación de la regla de reconocimiento.*** Sobre los peligros de simplificar el complejo fenómeno social que importa la obediencia del ciudadano ordinario a las reglas constitucionales y su aceptación por parte de los funcionarios, ver Capítulo IV, ap. 1, págs. 76-77, y Hughes, "The Existence of a Legal System", *New York University Law Review* (1960), pág. 1010, donde critica acertadamente, en este punto, la terminología usada por Hart en "Legal and Moral Obligation", en *Essays in Moral Philosophy* (ed. Melden 1958).

Pág. 146. ***Ruptura parcial del orden jurídico.*** Sólo anotamos en el textos unos pocos de los muchos posibles estadios intermedios entre la existencia plena normal y la no existencia de un sistema jurídico. El problema de la revolución es analizado desde el punto de vista jurídico en Kelsen, *General Theory*, págs. 117 y siguientes, 219 y siguientes, y en forma extensa, por Cattaneo, en *Il Concetto di Revoluzione nella Scienza del Diritto* (1960). La interrupción de un sistema jurídico por la ocupación enemiga puede tomar muchas formas diferentes, algunas de las cuales han sido catalogadas por el derecho internacional; ver Mc Nair, "Municipal Effects of Belligerent Occupation", 56 *L. Q.R.* (1941), y la discusión teorética de Goodhart en "An Apology for Jurisprudence", en *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, pág. 288 y siguientes.

Pág. 149. ***La embriología de un sistema jurídico.*** El desarrollo desde colonia a dominio, investigado por Wheare en *The Statute of Westminster and Dominion Status*, es un rico campo de estudio para la teoría jurídica. Ver también Latham, *The Law and the Commonwealth* (1949). Latham fue el primero en interpretar el desarrollo constitucional del Commonwealth en términos del crecimiento de una nueva norma básica con una "raíz local". Ver también Marshall, op. cit., especialmente capítulo vii sobre Canadá, y Wheare, *The Constitutional Structure of the Commonwealth* (1960), Cap. 4 sobre "Autoctonía"

Pág. 150. ***Renuncia a la potestad legislativa.*** Ver la discusión del efecto jurídico del art. 4 del Statute of Westminster en Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion status*, 5a. edición, págs. 297-8; *British Coal Corporation v. The King* (1935), A. C. 500; Dixon, "The Law and the Constitution", 51 *L.Q.R.* (1935); Marshall, op. cit., págs. 146 y siguientes; también Capítulo VII, ap. 4.

Pág. 150. ***Independencia no reconocida por el sistema "padre".*** Ver

la discusión del Estado Libre de Irlanda en Wheare op. cit.; *Moore vs. A. G. for the Irish Free State* (1935), A. C. 484; Ryan vs. Lennon (1935), I. R. R. 170.

Pág. 151 *Aserciones de hecho y enunciados de derecho referentes a la existencia de un sistema jurídico.* El desarrollo que trae Kelsen (op. cit., págs. 373-83) de las relaciones posibles entre el derecho nacional y el internacional ("primado del derecho nacional o primado del derecho internacional) da por sentado que el enunciado de que un sistema jurídico existe *tiene* que ser un enunciado de derecho, formulado desde el punto de vista interno de un sistema jurídico y referente a otro, enunciado que acepta a este otro sistema como "válido" y como formando un único sistema con el primero. El punto de vista del sentido común según el cual el derecho nacional y el derecho internacional constituyen sistemas jurídicos separados, importa tratar al enunciado de que un sistema jurídico (nacional o internacional) existe, como un enunciado de hecho. Esto, para Kelsen, es un inaceptable "pluralismo" (Kelsen, loc. cit.; Jones "The 'Pure' Theory of International Law", 16 *B.Y.B.I.L.* (1935).

Pág. 151. *Sud Africa.* Para un examen completo de la importante lección de derecho que debemos extraer de las dificultades constitucionales de Sud Africa, ver Marshall, op. cit., cap. 11.

CAPITULO VII

Pág. 156. *Comunicación de reglas mediante ejemplos.* Para una caracterización del uso del precedente en estos términos, ver Levi, "An Introduction to Legal Reasoning", ap. 1, en 15 *University of Chicago Law Review* (1948). En *Philosophical Investigations* (especialmente Parte I, ap. 208-38) Wittgenstein hace muchas observaciones importantes sobre las nociones de enseñar y seguir reglas. Ver la discusión de Wittgenstein in Winch, *The Idea of a Social Science*, págs. 24-33, 91-93.

Pág. 157. *La textura abierta de las reglas formuladas verbalmente.* Sobre la idea de textura abierta, ver Waismann, "Verifiability", en *Essays on Logic and Language, I*, (ed. Flew), págs. 117-30. Acerca de su relevancia para el razonamiento jurídico ver Dewey "Logical Method and Law", 10 Cornell Law Quarterly (1924); Stone, *The Province and Function of Law*, Cap. VI; Hart "Theory and Definition in Jurisprudence", 29 *P.A.S.*, vol. Supl., 1955, 258-64, y "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *H.L.R.* (1958) págs. 606-12.

Pág. 161. *Formalismo y conceptualismo.* Casi sinónimos de estas expresiones, usadas en la literatura jurídica, son las expresiones jurispru-

dencia "mecánica" o "automática", "la jurisprudencia de conceptos", "el uso excesivo de la lógica". Ver Pound "Mechanical Jurisprudence". 8 *Columbia Law Review* (1908) y *Interpretations of Legal History,* Cap. 6. No siempre resulta claro a qué vicio, exactamente, se alude con esos términos. Ver Jensen, *The Nature of Legal Argument,* cap. i y nota crítica de Honoré, 74 L.Q.R. (1958), p. 296; Hart, op. cit., 71 *H.L.R.,* págs. 608-12.

Pág. 163. *Standards jurídicos y reglas específicas.* La discusión general más esclarecedora sobre el carácter de estas formas de control jurídico, y sus relaciones, puede verse en Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law,* págs. 128-40.

Pág. 163. *Standards jurídicos complementados por regulación administrativa.* En los Estados Unidos los organismos reguladores federales tales como la Interstate Commerce Commission y la Federal Trade Commission dictan reglas que complementan *standards* amplios como "competencia leal", "tarifas justas y razonables", etc. (Ver Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law,* págs. 6-18, 33-37. En Inglaterra el Poder Ejecutivo cumple una función reguladora similar, por lo común sin la audiencia cuasi-judicial de las partes interesadas, familiar en los Estados Unidos. Cf. Las Welfare Regulations dictadas de acuerdo con la sección 46 de la Factories Act de 1937 y las Building Regulations dictadas de acuerdo con la sección 60 de la misma ley. Las atribuciones del Tribunal de Transportes, según la Transport Act de 1947, para resolver un "plan de cargas" (*"charges scheme"*) tras oir a los impugnantes, se aproximan más al modelo norteamericano.

Pág. 165. *Standards de diligencia.* Para un análisis esclarecedor de los componentes del deber de diligencia, véase la opinión de Learned Hand en *US vs. Carroll Towing Co* (1947), 159 F2nd 169, 173. Sobre si es deseable sustituir los *standards* generales por reglas específicas, ver Holmes, *The Common Law,* Conferencia 3, págs. 111-19, criticado por Dickinson, págs. 146-50.

Pág. 166. *Control mediante reglas específicas.* Sobre las condiciones para que las reglas precisas y rígidas, en lugar de los *standards* flexibles, sean la forma apropiada de control, ver Dickinson, op. cit., págs. 128-32, 145-50.

Pág. 167. *El precedente y la actividad legislativa de los tribunales.* Para una exposición moderna, de carácter general, del uso del precedente en Inglaterra, ver R. Cross, *Precedent in English Law* (1961). Un ejemplo conocido del proceso de limitación aludido en el texto es *L & S. W. Railway Co vs. Gomm* (1880), 20 Ch. D. 562, que reduce el campo de la regla de *Tulk vs. Moxhay* (1848) 2 Ph 774.

Pág. 169. *Variedades de escepticismo ante las reglas.* La literatura norteamericana sobre este tema puede ser leída esclarecedoramente como un debate. Así los argumentos de Frank en *Law and the Modern Mind* (especialmente capítulo I y Apéndice 2, "Notas sobre el fetichismo de las reglas y el realismo") y Llewellyn, *The Bramble Bush,* deberían ser considerados a la luz de Dickinson, "Legal Rules: Their Function in the Process of Decision", 79 *University of Pennsylvania Law Review* (1931); "The Law behind the Law", 29 *Columbia Law Review* (1929), "The Problem of the Unprovided Case" en *Recueil d'Etudes sur les sources de droit en l'honneur de F. Geny,* 11, cap. 5; y Kantorowicz, "Some Rationalism about Realism" en 43 *Yale Law Review* (1934).

Pág. 173. *El escéptico como un absolutista desilusionado.* Ver Miller, "Rules and Exceptions", 66 *International Journal of Ethics* (1956).

Pág. 174. *Aplicación intuitiva de reglas.* Ver Hutcheson "The Judgement Intuitive"; "The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision" 14 *Cornell Law Quarterly* (1928).

Pág. 176. *"La constitución es lo que los jueces dicen que es".* Esta frase es atribuida al Chief Justice Hughes, de los Estados Unidos, en Hendel, *Charles Evans Hughes and the Supreme Court* (1951), pág. 11.

Pág. 185. *Análisis alternativo de la soberanía del Parlamento.* Ver H. W. R. Wade, "The Basis of Legal Sovereignty", *Cambridge Law Journal* (1955), criticado en Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth,* caps. 4 y 5.

Pág. 186. *Soberanía parlamentaria y omnipotencia divina.* Ver Mackie, "Evil and Omnipotence", *Mind,* 1955, p. 211.

Pág. 187. *Limitar o redefinir el Parlamento.* Sobre esta distinción ver Friedmann, "Trethowan's Case, Parliamentary Sovereignty and the Limits of Legal Change" 24 *Australian Law Journal* (1950); Cowen, "Legislature and Judiciary", 15 *M.L.R.* (1952), y 16 *M.L.R.* (1953), Dixon, "The Law and the Constitution", 51 *L.Q.R.* (1935); Marshall, op. cit., cap. 4.

Pág. 188. *Parliament Acts de* 1911 *y* 1949. Sobre la interpretación de estas leyes como que autorizan una forma de legislación delegada, ver H. W. R. Wade, op. cit., y Marshall, op. cit., págs. 44-46.

Pág. 188. *Ley de Westminster, sección* 4. El grueso de la autoridad sustenta la opinión de que el hecho de sancionarse esa sección no pudo constituir una terminación irrevocable de la potestad de legislar para un dominio sin su consentimiento. Ver *British Coal Corporation vs. The King* (1935), A. C. 500; Wheare, *The Statute of Westminster and Do-*

minion Status, 5a. edición, págs. 297-98; Marshall, op. cit., págs. 146-7. La opinión contraria de que "una vez concedida la libertad no se la puede revocar" fue expresada por los tribunales sudafricanos en *Ndlwana vs. Hofmeyr* (1937), A. D. 229., en 237.

CAPITULO VIII

Pág. 196. *La justicia como un segmento especial de la moral.* En la *ética a Nicómaco*, Libro 5, Capítulos 1-3 Aristóteles presenta a la justicia como referida específicamente al mantenimiento o restauración de un equilibrio o proporción (*analogía*) entre personas. Las mejores elucidaciones modernas de la idea de justicia se encuentran en Sidgwick, *The Method of Ethics*, capítulo 6, y Perelman, *De la Justice* (1945), seguido por Ross, *On Law and Justice*, Cap. 12. Hay material histórico de gran interés en *La Giustizia* de Del Vecchio; ver comentario bibliográfico de Hart en 28 *Philosophy* (1953).

Pág. 199. *Justicia en la aplicación del derecho.* La tentación de tratar este aspecto de la justicia como si él agotara la idea de justicia, explica quizás la afirmación de Hobbes de que "ningún derecho puede ser injusto" (*Leviatan*, cap. 30) En *The Province*, Conferencia VI, p. 260, n., Austin expresa la opinión de que "justo es una palabra de importancia relativa" y es "expresada con relación a una determinada prescripción jurídica que se presupone como pauta o criterio de comparación". Así para él una prescripción jurídica puede ser moralmente injusta si es "juzgada" por la moral positiva o la ley de Dios. Austin pensaba que Hobbes sólo quería decir que una prescripción jurídica no podía ser *jurídicamente* injusta.

Pág. 201. *Justicia e igualdad.* Para discusiones instructivas del *status* del principio de que *prima facie* los seres humanos deben ser tratados de la misma manera, y sus conexiones con la idea de justicia, ver Benn y Peters, *Social Principles and the Democratic State*, Cap. 5, "Justicia e Igualdad"; J. Rawls, "Justice as Fairness", *Philosophical Review* (1958), Raphael, "Equality and Equity", 21 *Philosophy* (1946), y "Justice and Liberty", 51 *P.A.S.* (1951-2).

Pág. 202. *Aristóteles y la esclavitud.* Ver *Política*, i, cap. ii 3-22. Aristóteles sostenía que algunos que eran esclavos no lo eran "por naturaleza" y que para ellos la esclavitud no era justa o conveniente.

Pág. 204. *Justicia y compensación.* Aristóteles distingue claramente entre esto y la justicia en la distribución, op. cit., Libro V, cap. 4, aunque subraya el principio unificador de que en todas las aplicaciones de la idea de justicia hay una proporción (*analogía*) propia o "justa"

que ha de mantenerse o restablecerse. Ver H. **Jackson.** ***Book** 5 of the* *Nichomachean Ethics* (Commentary: 1879).

Pág. 204. *Compensación jurídica por ataques a la intimidad (privacy).* Sobre el argumento de que el derecho debiera reconocer el derecho a la intimidad (*right of privacy*) y de que los principios del *common law* reclaman su reconocimiento, ver Warren y Brandeis "The Right to Privacy" 4 H.L.R. (1890) y el voto en disidencia de Gray en *Robertson vs. Rochester Folding Box Co* (1902), 171 N. Y. 538. El derecho inglés de los actos ilícitos civiles (*torts*) no protege la intimidad como tal, aunque ésta goza hoy de una protección amplia en los Estados Unidos. Para el derecho inglés ver *Tolley vs. J. S. Fry and Sons Ltd.* (1931), A. C. 333.

Pág. 206. *Conflicto de justicia entre individuos e intereses sociales más amplios.* Ver la discusión de la responsabilidad objetiva y de la responsabilidad indirecta por actos ilícitos civiles en Prosser, *Torts*, capítulos 10 y 11, y Friedmann, *Law in a Changing Society*, cap. 5. Sobre la justificación de la responsabilidad objetiva en los delitos penales, ver Glanville Williams, *The Criminal Law*, Cap. 7; Friedmann, op. cit., cap. 6.

Pág. 206. *Justicia y "bien común".* Ver Benn y Peters, *Social Principles and the Democratic State*, cap. 13, donde la búsqueda del bien común se identifica con el actuar con justicia o prestando atención a los intereses de todos los miembros de la sociedad con espíritu imparcial. Esta identificación del "bien común" con la justicia no es aceptada universalmente. Ver Sidgwick, *The Method of Ethics*, cap. 3.

Pág. 208. *Obligación moral.* Sobre la necesidad de distinguir la obligación y deberes que impone la moral social, tanto de los ideales morales como de la moral personal, ver Urmson, "Saints and Heroes", en *Essays on Moral Philosophy* (ed. Melden); Whiteley "On Defining 'Morality'", en 20 *Analysis* (1960); Strawson, "Social Morality and Individual Ideal", en *Philosophy* (1961); Bradley, *Ethical Studies*, caps. 5 y 6.

Pág. 210. *La moral de un grupo social.* En *The Province* Austin usa la expresión "moral positiva" para distinguir la moral efectivamente observada en un grupo social de la "ley de Dios", que constituye para él el criterio último para apreciar tanto la moral positiva como el derecho positivo. Esto destaca la muy importante distinción entre una moral social y aquellos principios morales que la trascienden y son usados al hacer su crítica. La "moral positiva" de Austin, empero, incluye todas las reglas sociales cue no son derecho positivo; abarca reglas de etiqueta, de

juegos, reglamentos de clubs, y el derecho internacional, así como lo que ordinariamente es concebido y aludido como moral. Este uso amplio de la palabra "moral" oscurece demasiadas importantes distinciones de forma y de función social. Ver capítulo X, ap. 4.

Pág. 213. *Reglas esenciales.* Ver capítulo IX, ap. 2, en lo que hace al desarrollo de la idea de que las reglas que restringen el uso de la violencia y exigen respeto hacia la propiedad y las promesas constituyen un "contenido mínimo" del Derecho Natural que subyace tanto al derecho positivo como a la moral social.

Pág. 214. *El derecho y la conducta externa.* El punto de vista, criticado en el texto, de que mientras el derecho prescribe conducta externa la moral no, ha sido heredado por los juristas de la distinción kantiana entre normas jurídicas y éticas. Ver la Introducción General a la Metafísica de la Moral en Hastie, *Kant's Philosophy of Law* (1887), págs. 14 y 20-24. Una reformulación moderna de esta doctrina se encuentra en Kantorowicz, *The Definition of Law,* págs. 43-51; ella ha sido criticada por Hughes en "The Existence of a Legal System", 35 *New York University L. R.* (1960).

Pág. 221. *Mens rea y criterios objetivos.* Ver Holmes, *The Common Law,* Conferencia 11; Hall, *Principles of Criminal Law,* caps. 5 y 6; Hart, "Legal Responsibility and Excuses", en *Determinism and Freedom* (ed. Hook).

Pág. 221. *Justificación y excusa.* Sobre esta distinción en el homicidio ver Kenny, *Outlines of Criminal Law* (ed. 24a.) págs. 109-16. Sobre su importancia moral general, ver Austin "A Plea por Excuses", 57 *P.A.S.* (1956-57); Hart "Prolegomenon to the Principles of Punishment", 60 *P.A.S.* (1959-60), p. 12. Para una distinción similar, ver Bentham, *The Limits of Jurisprudence Defined,* 215 n. 37 y 236, sobre "exención" y "exculpación".

Pág. 224. *Moral, necesidades humanas, e intereses.* Sobre la opinión de que el criterio para llamar moral a una regla es que ella sea el producto de una consideración imparcial y razonada de los intereses de las personas afectadas, ver Benn y Peters, *Social Principles of the Democratic State,* cap. 2. En contra, Devlin, *The Enforcement of Morals* (1959).

CAPITULO IX

Pág. 229. *Derecho Natural.* La existencia de una amplia literatura de comentarios sobre las concepciones clásica, escolástica y moderna del Derecho Natural, y las ambigüedades de la expresión "positivismo" (ver

infra), suelen hacer difícil determinar con precisión qué cuestión es la que se discute cuando se opone el Derecho Natural al Positivismo Jurídico. En el texto se hace un esfuerzo para identificar tal cuestión. Pero es muy poco lo que puede ganarse con un examen de este tema si sólo se leen fuentes secundarias. Es indispensable alguna relación de primera mano con el vocabulario y los presupuestos filosóficos de las fuentes primarias. Lo siguiente representa un mínimo fácilmente accesible. Aristóteles, *Physics*, ii, cap. 8 (traducción Ross, Oxford); Aquino. *Summa Theologica*, Cuestiones 90-97 (puede verse en D'Entréves, *Aquinas: Select Political Writings*, (*Oxford* 1948); Grotius, *On the Law of War and Peace; Prolegomena* (traducido en The Classics of International Law, vol. 3, Oxford 1925); Blackstone, *Commentaries*, Introduction, ap. 2.

Pág. 229. *Positivismo Jurídico.* La expresión "positivismo" es usada en la literatura anglo-norteamericana contemporánea para designar una o más de las tesis siguientes: (1) que las normas jurídicas son órdenes dadas por seres humanos; (2) que no hay conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el que debe ser: (3) qu el análisis o estudio del significado de los conceptos jurídicos es un estudio importante que debe distinguirse de las investigaciones históricas y sociológicas y de la valoración critica del derecho en términos de moral, fines sociales, funciones, etc. (aunque en modo alguno se opone a ellas); (4) Que un sistema jurídico es un sistema "lógicamente cerrado" en el que se pueden deducir decisiones correctas a partir de reglas jurídicas predeterminadas valiéndose exclusivamente de medios lógicos; (5) que los juicios morales, a diferencia de los juicios de hecho, no pueden ser establecidos mediante argumento, evidencia o prueba racionales ("no cognoscitivismo en ética"). Bentham y Austin sostuvieron las tesis expresadas en (1), (2) y (3), pero no las expresadas en (4) y (5); Kelsen sostiene las tesis expresadas en (2), (3) y (5), pero no las expresadas en (1), o (4). Se suele atribuir la tesis (4) a los "juristas analíticos", pero al parecer sin buen fundamento.

En la literatura de Europa continental se suele usar la expresión "positivismo" para aludir al rechazo general de la pretensión de que ciertos principios o reglas de conducta humana pueden ser descubiertos con la sola ayuda de la razón. Ver el valioso estudio de las ambigüedades de "positivismo" hecho por Ago, op. cit., en 51 *American Journal of International Law* (1957).

Pág. 231. *Mill y el Derecho Natural.* Ver su Ensayo sobre la Naturaleza en *Nature, the Utility of Religion and Theism.*

Pág. 232. *Blackstone y Bentham sobre el Derecho Natural.* Blackstone loc. cit., y Bentham, *Comment on the Commentaries*, apartados 1-6.

Pág. 239. *El contenido mínimo del derecho natural.* Esta versión empírica del derecho natural está basada en Hobbes, *Leviathan*, caps. 14 y 15, y en Hume, *Treatise of Human Nature*, Libro III, parte 2; especialmente apartados 2 y 4-7.

Pág. 247. *Huckleberry Finn.* La novela de Mark Twain es un profundo estudio del dilema moral creado por la existencia de una moral social que contradice las simpatías de un individuo y los sentimientos humanitarios. Es un valioso correctivo de la idea que identifica a toda moral con los últimos.

Pág. 248. *Esclavitud.* Para Aristóteles un esclavo era un "instrumento viviente" (*Política*, I, caps. 2-4).

Pág. 251. *La influencia de la moral sobre el derecho.* Sobre las maneras en que el *desarrollo* del derecho ha sido influído por la moral, ver los valiosos estudios de Ames, "Law and Morals", 22 *H.L.R.* (1908); Pound, *Law and Morals* (1926); Goodhart, *English Law and the Moral Law* (1953). Austin reconoce plenamente esta conexión fáctica o causal. Ver *The Province*, Conferencia V, pág. 162.

Pág. 252. *Interpretación.* Sobre el lugar que ocupan las consideraciones morales en la interpretación del derecho, ver Lamont, *The Value Judgment*, págs. 296-31; Weschler, "Towards Neutral Principles of Constitutional Law", 73 *H.L.R.*, pág. 960; Hart, op. cit., en 71 *H.L.R.* págs. 606-15, y crítica de Fuller, ib. 661 *ad fin.* Sobre el reconocimiento de Austin del área entre "analogías en conflicto", que queda abierta para la elección judicial, y su crítica al hecho de que los jueces no adaptan sus decisiones al criterio de utilidad, ver *The Lectures*, Conferencias 37 y 38.

Pág. 253. *La crítica de las normas jurídicas y el derecho de todos los hombres a una igualdad de trato.* Ver Benn y Peters, *Social Principles and the Democratic State*, capítulos 2 y 5, y Baier, *The Moral Point of View*, cap. 8, sobre la idea de que el reconocimiento de tal derecho no es simplemente uno entre muchos principios morales, sino que se trata de una característica que define la verdadera moral.

Pág. 254. *Principios de legalidad y justicia.* Ver Hall, *Principles of Criminal Law*, cap. i y, sobre la "moral interna del derecho", ver Fuller, op. cit. 71 *H.L.R.* (1958), págs. 644-48.

Pág. 257. *Resurrección de las doctrinas del Derecho Natural en la Alemania de postguerra.* Para un examen de las últimas ideas de G. Radbruch, ver Hart, y réplica de Fuller, en op. cit. en 71 *H.L.R.* (1958). El examen hecho allí de la sentencia del Oberlandsgericht Bamberg de

julio de 1949, en la que una mujer que había denunciado a su esposo por la violación de una ley nazi de 1934 fue condenada por haberlo privado ilegalmente de la libertad, se hizo sobre la base de que la presentación del caso efectuada en 64 *H.L.R.* (1951), pág. 1005. era correcta, y que el tribunal alemán había sostenido que la ley de 1934 carecía de validez. La exactitud de esa presentación ha sido controvertida recientemente por Pappe, "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era", 23 *M.L.R.* (1960). La crítica del Dr. Pappe está bien fundada y el caso discutido por Hart debe ser estrictamente considerado como hipotético. Como muestra el Dr. Pappe, en el caso tal como se dio, el tribunal (Tribunal Provincial de Apelaciones), tras aceptar la posibilidad teorética de que las leyes pueden ser inválidas si contradicen al derecho natural, decidió que la ley nazi en examen no podía ser considerada como violatoria de aquél; la acusada fue declarada culpable de haber privado ilegítimamente de la libertad a su marido, puesto que no tenía el deber de denunciarlo sino que lo hizo por razones puramente personales y tuvo que haberse dado cuenta de que al proceder así actuaba, en las circunstancias, "en forma contraria a la sana conciencia y sentido de justicia de todos los seres humanos decentes". Recomendamos el cuidadoso análisis que el Dr. Pappe hace de una decisión de la Suprema Corte alemana en un caso similar (ib.: p. 268 *ad fin*).

CAPITULO X

Pág. 264. *"¿Es realmente derecho el derecho internacional?"* Sobre la idea de que esta es una cuestión simplemente verbal confundida con una cuestión de hecho, ver Glanville Williams, op. cit., en 22 *B.Y.B.I.L.* (1945).

Pág. 266. *Fuentes de duda.* Para un examen constructivo general, ver A. H. Campbell, "Internacional Law and the Student of Jurisprudence", en 35 *Grotius Society Proceedings* (1950); Gihl "The Legal Character and Sources of International Law" en *Scandinavian Studies in Law* (1957).

Pág. 266. *"¿Cómo puede ser obligatorio el derecho internacional?"*. Esta cuestión (llamada a veces "el problema de la fuerza obligatoria" del derecho internacional) es planteada por Fischer Williams, *Chapters on Current International Law,* págs. 11-27; Brierly, *The Law of Nations* 5a. ed. (1955), cap. 2; *The Basis of Obligation in International Law* (1958), cap. I. Ver también Fitzmaurice, "The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement", en 19 *M.L.R.* (1956). Estos autores no examinan explícitamente el significado de la aserción de que un sistema de reglas es (o no es) obligatorio.

Pág. 268. *Sanciones en Derecho Internacional.* Sobre la situación de acuerdo con el art. 16 del texto de la Liga de las Naciones, ver Fischer Williams, "Sanctions Under The Covenant" en 17 *B.Y.B.I.L.* (1936). Sobre la aplicación de sanciones según el capítulo vii de la Carta de las Naciones Unidas, ver Kelsen, "Sanctions in International Law under the Charter of U.N.", 31 *Iowa L.R.* (1946), y Tucker, "The Interpretation of War under present International Law", 4 *The International Law Quarterly* (1951), Sobre la guerra de Corea, ver Stone, *Legal Controls of International Conflict* (1954), cap. IX, D. 14. Se puede sostener, por supuesto, que la Uniting for Peace Resolution demostró que las Naciones Unidas no se hallaban "paralizadas".

Pág. 271. *El Derecho Internacional concebido, y expresado en el lenguaje, como obligatorio.* Ver Jessup, *A Modern Law of Nations,* cap. I, y "The Reality of International Law", 118 *Foreign Affairs* (1940).

Pág. 272. *La soberanía de los Estados.* Para una exposición clara de la idea de que "soberanía no es más que un nombre dado a la extensión del campo internacional que el derecho deja a la acción individual de los estados", ver Fischer Williams op. cit., págs. 10-11, 285-99, v *Aspects of Modern International Law,* págs. 24-26, y Van Kleffens, "Sovereignty and International Law", *Recueil des Cours* (1953), i, págs 82-83.

Pág. 273. *El Estado.* Sobre la noción de "estado" y los tipos de estados dependientes ver Brierly, *The Law of Nations,* cap. 4.

Pág. 276. *Teorías voluntarista y de la "auto-limitación".* Los autores principales son Jellinek, *Die Rechtliche Natur der Staatsverträge;* Triepel, "Les Rapports entre le droit interne et le droit international"' *Recueil des Cours* (1923). La opinión extrema es sostenida por Zorn, *Grundzüge des Völkerrechts.* Ver la discusión crítica de esta forma de "positivismo" en Gihl, op. cit., en *Scandinavian Studies in Law* (1957); Starke, *An Introduction to International Law,* cap. 1; Fischer Williams, *Chapters on Current International Law,* págs. 11-16.

Pág. 277. *Obligación y consentimiento.* La idea de que ninguna regla de derecho internacional es obligatoria para un estado sin su consentimiento previo, expreso o tácito, ha sido expresada por los tribunales ingleses (ver *R. v. Keyn* 1876, 2 Ex. Div. 63, "The Franconia") y también por la Corte Permanente de Justicia Internacional. Ver *The Lotus* P. C.I.J. Serie A. nº 10.

Pág. 279. *Nuevos estados y estados que adquieren territorio marítimo.* Ver Kelsen, *Principles of International Law,* pág. 312-13.

Pág. 279. *Efecto de los tratados internacionales generales sobre los*

no signatarios. Ver Kelsen, op. cit., 345 y sig.; Starke, op. cit., cap. 1; Brierly, op. cit., cap. vii, págs. 251-2.

Pág. 280. *Uso amplio de "moral"*. Ver Austin sobre "moral positiva" en *The Province,* Conferencia V, págs. 125-9, 141-2.

Pág. 284. *Obligación moral de obedecer el derecho internacional.* Sobre la idea de que este es "el fundamento" del derecho internacional, ver Lauterpacht, introduction a *The Basis of Obligation in International Law,* de Brierly, xviii, y Brierly, ib. cap. 1.

Pág 286. *Tratado impuesto por la fuerza como acto de legislación.* Ver Scott, "The Legal Nature of International Law", en *American Journal of International Law* (1907), en págs. 837, 862-4. Para una crítica de la descripción corriente de los tratados generales como "legislación internacional", ver Jennings, "The Progressive Development of International Law and its Codification", 24 *B.Y.B.I.L.* (1947), en pág. 303.

Pág. 287. *Sanciones descentralizadas*. Ver Kelsen, op. cit., pág. 20, y Tucker en op. cit., 4 *International Law Quarterly* (1951).

Pág. 288. *La norma básica del derecho internacional.* Sobre su formulación como *pacta sunt servanda,* ver Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (1923), pág. 40. Sobre su reemplazo por "los estados deben comportarse como han acostumbrado a hacerlo", ver Kelsen, *General Theory*, pág. 369, y *Principles of International Law*, pág. 418. Ver la importante discusión crítica que trae Gihl, *International Legislation* (1937) y op. cit., en *Scandinavian Studies in Law* (1957), pág. 62 y siguientes. Para un desarrollo más completo de la interpretación del derecho internacional como carente de norma básica, ver Ago, "Positive Law and International Law" en 51 *American Journal of International Law* (1957) y *Scienza giurídica e diritto internazionale* (1958). Gihl llega a la conclusión de que a pesar del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional, el derecho internacional no tiene fuentes de derecho formales. Para un intento de formular una "hipótesis inicial" para el derecho internacional, que parece susceptible de las mismas críticas que las que hemos hecho en el texto, ver Lauterpacht, *The Future of Law in the International Community*, págs. 420-23.

Pág. 292. *Analogía de contenido entre el derecho internacional y el derecho nacional.* Ver Campbell, op. cit., en 35 *Grotius Society Proceedings* (1950), pág. 121 *ad fin;* y la discusión de los tratados y reglas que rigen la adquisición de territorio, prescripciones, arriendos, mandatos, servidumbres, etc., en Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927).

INDICE ALFABETICO

Las referencias a las páginas 293-325 remiten a las notas colocadas al final del libro.

Se terminó de imprimir el día 5 de noviembre
de 1998, en ARTES GRÁFICAS CANDIL
sito en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,
República Argentina